Erfordernis des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Falle der Notwehr.

Inaugural-Dissertation

verfasst

und der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der K. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung

der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Robert Rosenfelder

Rechtspraktikant aus Pirmasens.

München 1906.

Ernst Stahl'sche Buchdruckerei (J. Zaubzer).

Erfordernis des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs im Falle der Notwehr.

Inaugural-Dissertation

verfasst

und der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der K. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung

der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Robert Rosenfelder

Rechtspraktikant aus Pirmasens.

München 1906.

Ernst Stahl'sche Buchdruckerei (J. Zaubzer).

Referent: Professor Dr. Oetker.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

§ 1. Allgemeines 1
§ 2. Aufgabe 3

Erster Teil.

§ 3. Der Angriff 4

Zweiter Teil.

§ 4. Das Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffes 9
a) Der Angriff im Stadium des Versuches 10
b) Der Angriff als perfekter Eingriff 13
c) Die zeitliche und die örtliche Gegenwart 23
d) Der künftige mögliche Angriff 24

Dritter Teil.

§ 5. Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffes 27
I. Die Notwendigkeit des Begriffes der objektiven Rechtswidrigkeit . 27
a) Der Angriff Unzurechnungsfähiger 30
b) Der Tierangriff 36
α) Der selbständige tierische Angriff 36
β) Der unselbständige tierische Angriff 41
II. a) Der verschuldete Angriff 45
b) Der voraussehbare Angriff 48
III. a) Der gegenseitige rechtswidrige Angriff 49
b) Der Angriff im Falle der Einwilligung in denselben 53
IV. a) Handlungen Beamter und 57
b) vom Strafgesetze mit Strafe verschonte Handlungen als rechtswidrige Angriffe i. S. der Notwehr 61
V. Der Angriff zur Rettung aus dem Notstande 63
VI. Verletzungen von Rechtsgütern Dritter in Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes 69

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0177

Verzeichnis der hauptsächlich benützten Literatur.

von Alberti, Das Notwehrrecht. Stuttgart 1901.

Binding, Grundriss des Strafrechts, 6. Auflage.

— Handbuch des Strafrechts, 1885.

von Buri, Notstand und Notwehr im Gerichtssaal, Bd. XXX.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handbuch mit Anmerkungen.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1903.

Geyer, Die Lehre von der Notwehr. Jena 1857.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht.

Haller, Über Selbstverteidigung und Selbsthilfe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Würzburger Inaug.-Diss. 1900.

Hold von Ferneck, Rechtswidrigkeit, Bd. II, Abt. 1, Notstand und Notwehr, 1905.

Ihering, Der Kampf ums Recht, 1872.

Levita, Das Recht der Notwehr. Giessen 1856.

von Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuches.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1903.

Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1898.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Oetker, Über Notwehr und Notstand der §§ 227, 228, 904 des B.G.B., 1903.

Olshausen, Kommentar des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich.

Oppenhoff, Kommentar des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich.

Plank, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Riso, Das Recht der Eigenmacht nach dem sächsichen und deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1901.

Schleifenbaum in Beling, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 54, 1904.

Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach dem B.G.B., Festrede Würzburg 1899.

Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858.

Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. Erlangen 1878.

Titze, Die Notstandsrechte im Bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwickelung. Leipzig 1897.

Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr. Zürich 1894.

Vigelius, Über Notwehr gegen Tiere, Freiburger Inaugural-Dissertation 1899.

Wolfssohn, Notwehr, Notstand und Nothilfe in Voraussetzungen und Wirkungen, Greifswalder Inaugural-Dissertation 1899.

Einleitung.

§ 1. Allgemeines.

„Das Ziel des Rechts ist der Friede,
das Mittel hiezu der Kampf."
(Ihering, „Kampf ums Recht".)

Jegliche Gesetzgebung zielt darauf hin, im Staate eine Ordnung herzustellen, die dem Untertanen den Frieden sichern, den Unfrieden bekämpfen soll. Der Staat hat die Pflicht, seine Angehörigen zu schützen, ihnen für Sicherheit ihrer Rechtsgüter zu garantieren; er hat das Recht, den Rechtsfriedensstörer zu strafen, das Unrecht zu sühnen. Dieses Gefühl der Rechtssicherheit, das seinem Volke, jedem Stand und jedem Individuum innewohnen soll, hat er denn auch als schutzberechtigtes Gut im positiven Rechte mehrfach anerkannt.

Nun sind aber Fälle möglich und erklärlich, in denen das Recht nicht durch die Gewalt des Staates, sondern durch die Macht, die Tätigkeit des Einzelnen geübt wird, Fälle, in denen der Einzelne, überwältigt von dem in ihm auflebenden Rechtsbewusstsein, die Pflicht in sich fühlt, dem ihm gegenübertretenden Unrechte mit eigener Faust zu begegnen, persönlich den Kampf ums Recht zu kämpfen. Und diese Selbstverteidigung, oder richtiger genannt Rechtsverteidigung musste der Staat als ein freies Recht der Persönlichkeit in seiner Rechtsordnung anerkennen, wollte er nicht den Verbrecher schützen, das Unrecht sanktionieren.

Wie oft ist staatliche Hilfe ferne, der Bedrohte auf sich selbst, auf seine eigne Kraft, auf Selbsthilfe durch rasche Tat angewiesen. Nicht könnte man ihm zumuten, zu warten, bis der Staat schützend eingreift oder gar von ihm verlangen, durch feiges Entrinnen, den Kampf zu vermeiden, der Willkür, dem Unrechte das Feld zu räumen. Das Recht braucht dem Unrechte nicht zu weichen.

Und wo der Einzelne, sein Recht sich in Not befindet gegenüber dem Unrechte, dort ist das Recht in Not, und er ist berechtigt und berufen — und er muss es sein — sich gegen das Unrecht selbst zur Wehr zu setzen, das Recht in Notwehr zu verteidigen mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln, und so dessen Macht und Ansehen aufrecht zu erhalten. So ist denn die Rechtsverteidigung nicht bloss ein Recht, sondern eine ethische Pflicht des Einzelnen gegen sich selbst, gegen den Staat. Gegen sich selbst: denn die Behauptung der eigenen physischen wie moralischen Existenz ist für den Menschen das höchste Gesetz. Gegen den Staat: weil er in seinem Rechte, zugleich das Recht, das Gesetz und im Gesetz zugleich die unerlässliche Ordnung des Gemeinwesens verteidigt. Kaum gibt es ein Recht, das an einleuchtender Kraft seines Begriffes, an Erhabenheit seines Prinzips dem Rechte der Notwehr zu entsprechen vermöchte: Sie ist ein Naturrecht, welches, wie nie ein anderes, das in jedem Individuum ruhende Bewusstsein sittlicher Würde und unbeschränkter Wesensfreiheit zum Ausdrucke bringt. Cicero hat es in der Rede pro Milone cap. 4 mit den Worten gezeichnet: „Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex, quam non didicimus accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus“ usw. Die römischen Juristen waren, wie Ihering sagt, naiv genug zu glauben, dass das Notwehrrecht in keinem Rechte der Welt versagt sein könne[1]): „vim vi expellere omnes leges omniaque iura permittunt.“ Allein wie ganz anders war die Entwickelung in den letzten Jahrhunderten des gemeinen Rechts.

Vergewaltigungen und Verstümmelungen des Notwehrrechts, überflüssige Erweiterungen seiner Voraussetzungen und sinnlose Einschränkungen des durchaus klaren Begriffs waren das Werk einer weltfremden Jurisprudenz, die des Kontaktes mit dem Volksrechtsbewusstsein völlig entbehrte. Schon Rosshirt[2]) macht diesen Bearbeitungen den gerechten Vorwurf, dass dieselben immer zu sehr

---

[1]) Ihering, Kampf ums Recht, S. 95.

[2]) Rosshirt, Entwickelung § 33.

durch die abstrakte Untersuchung der einzelnen Erfordernisse auseinandergerissen, verkünstelt, zu unauflöslichen Knoten verwickelt worden seien. Nur wenige Juristen beliessen dem Notwehrrecht seinen ursprünglichen Inhalt, indem sie es von dem ihm gesetzten, seinem Wesen unerträglichen Schranken wieder zu befreien suchten, deren letzte Konsequenz mit Notwendigkeit die Aufhebung alles Notwehrrechts bedeutete. Denn ein Notwehrrecht, dessen Voraussetzungen in „undurchdringliches Dunkel gehüllt sind, ein Notwehrrecht, von dem der in Not Befindliche nur weiss, dass der Angriff nicht genügt, dasselbe zu erzeugen, ist ein Messer ohne Klinge und für den Angegriffenen von äusserst problematischem Werte".[1])

Das Gefühl der Rechtssicherheit des Staatsbürgers, mit das höchste Gut, dessen Schutzberechtigung der Staat im positiven Rechte mehrfach anerkennt (z. B. indem er den Rechtsfriedensstörer straft), das seine hauptsächlichste Stütze findet in dem Bewusstsein, dass man seine Rechte, wo der Staat dieselben nicht schützt, ausnahmslos selbst schützen darf, muss ein festes, beruhigendes sein; es wird zweifellos erschüttert dadurch, dass man das Notwehrrecht im Drange der Gefahr an die Beobachtung unklarer, den Gefährdeten nur noch mehr verwirrender Momente fesselt, deren Wahrung selbst dem ungefährdeten Staatsbürger bei ruhiger Überlegung nicht möglich wird. Will nicht der Staat, dass das Unrecht über das Recht triumphiere, so darf er nicht dem Kämpfer ums Recht die Hände binden durch willkürliche Schranken der Rechtsverteidigung. Schützt doch der Einzelne in seinem Rechte zugleich das Recht, das Gesetz und damit die Grundbedingungen des staatlichen Lebens.

§ 2. Aufgabe.

Im nachstehenden sei nun der Versuch gemacht, die einzelnen für das Recht der Notwehr essentiellen Momente, wie sie die in den §§ 53 St.G.B. und 228 B.G.B. niedergelegten wortgemäss übereinstimmenden Definitionen fordern, zu prüfen und ihre die Ausübung des Notwehrrechtes bestimmende und begrenzende Funktion klar zu stellen. Es bedarf eines Angriffes und zwar eines gegenwärtigen und rechtswidrigen, um das Recht der Notwehr wach zu rufen. Diese Begriffe haben in kriminalistischen und zivilrechtlichen Bearbeitungen vielseitigste und schärfste Beleuchtung erfahren; aber keineswegs

[1]) Tobler, Grenzgebiete zw. Notstand und Notw., Züricher Diss. 1894, S. 79.

immer eine dem Grundprinzipe des Notrechtes entsprechende Interpretation. Vielmehr treten besonders bei Bestimmung des Momentes der Rechtswidrigkeit vielfache Irrungen hervor, die aus einer Verkennung des Zweckgedankens des Notwehrrechtes und aus Scheu vor einer freien und praktischen Rechtsdeutung resultieren.

Wollen wir aber zu einer dem Zwecke des Rechtssatzes entsprechenden Auffassung gelangen, dann müssen wir in rationeller Interpretation den Massstab der praktischen Brauchbarkeit und der Gerechtigkeit anlegen.

§ 3. Der Angriff.

Die Fassung des Notwehrbegriffes im Strafgesetzbuche ist im Bürgerlichen Gesetzbuche einfach übernommen. Mit vollem Rechte; denn es ist diese Definition unbestrittenermassen eine der besten des ganzen Strafgesetzbuches.[1]) Sie lautet:

„Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwehren."

Das Recht der Notwehr fordert also einen Angriff; die Notwehrhandlung setzt voraus den Notwehrzustand, d. h. einen Zustand der Not, der Gefahr — sei es für ein eigenes oder für ein fremdes Rechtsgut — deren Existenz durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff hervorgerufen wurde. Nur wenn die Gefahr erzeugt

---

[1]) Man hat vielfach behauptet, einer der beiden Paragraphen sei völlig überflüssig, so z. B. Hölder im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 73, S. 151, der es für unnötig erklärt, dass § 227 in seinem zweiten Absatze die Definition der Notwehr durch das St.G.B. wörtlich wiederhole. Allein diese Ansicht ist irrtümlich. Die Notwendigkeit der Normierung in beiden Gesetzen erhellt aus der Verschiedenheit ihres Charakters. In erster Linie gehörte von jeher die Lehre von der Notwehr dem Strafrechte an; dies ist auch ganz natürlich; denn die höchsten menschlichen, stets vorwiegend als wehrhaft anerkannten Interessen, wie Leib und Leben, sind von alters her durch Strafsatzungen geschützt worden. Beim Zivilrecht aber steht im Vordergrund das materielle Moment. Die ratio legis des § 227 B.G.B. ist lediglich zu statuieren, dass die an sich zum Schadensersatz verpflichtende, jedoch durch Notwehr gebotene und deshalb als rechtmässig anzuerkennende Verletzungshandlung die Tauglichkeit verliert, eine Schadensersatzpflicht zu erzeugen. — Auch Titze, Notstandsrecht S. 72, A. 2 irrt, wenn er bei der Wiederlegung der Hölder'schen Ansicht aufstellt, es seien vielmehr die beiden ersten Absätze des § 53 St.G.B. überflüssig.

ist durch einen Angriff, der die Eigenschaften der Gegenwärtigkeit und der Rechtswidrigkeit an sich trägt, ist die Notwehrhandlung eine berechtigte und bleibt als solche straflos.

Was den Angriff selbst betrifft, so charakterisiert sich derselbe je nach der Lage der gegebenen Fälle äusserst verschieden. Es lässt sich daher eine präzise Bestimmung seines Begriffes kaum aufstellen. Die von der straf- und bürgerlich-rechtlichen Literatur dafür gegebenen Definitionen weichen im einzelnen sehr voneinander ab: So versteht Enneccerus (Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. Recht, 1901. S. 358) unter dem Angriffe eine positive Tätigkeit, welche eine Person oder ihre Rechtsgüter zu verletzen oder zu gefährden geeignet ist. Oppenhoff (Kommentar z. St.G.B. S. 148) nennt den Angriff einen von einem lebenden Wesen ausgehenden Eingriff in die eigenen Rechte des Bedrohten oder in die eines Dritten. Schollmeyer (Festrede Würzburg 1899. S. 5) sieht in demselben ein positives, den Eingriff in die Rechtssphäre des Angegriffenen bewirkendes oder vorbereitendes Tun. Frank endlich (z. § 53 in s. Komment. z. St.G.B. 3. Aufl. S. 90) nennt den Angriff eine Handlung, welche darauf gerichtet ist, einen bestehenden Zustand durch Verletzung eines Rechtsgutes zu verändern.

Während diese Schriftsteller Gewicht auf die rechtliche Relevanz des Angriffes legen, fasst Olshausen (Kommentar z. St.G.B. z. § 53 S. 224) den Angriff allgemein auf als ein aggressives Vorgehen seitens eines lebenden Wesens.

Bei den meisten Autoren findet sich eine Begriffsbestimmung des Requisites „Angriff“ überhaupt nicht; auch die Monographien von Stammler und Janka weisen eine solche nicht auf.

Immerhin wird unter dem Angriff, der kein Rechtsbegriff,[1]) sondern ein Lebensbegriff ist, ein Tun zu verstehen sein, das im Begriffe steht, die Änderung eines bestehenden Zustandes herbeizuführen. Eine solche Handlung stellt sich demnach dar als der Anfang einer Einwirkung, eines Eingriffs in eine fremde Rechtssphäre. Der Eingriff ist also das Resultat bereits, die Folge, — sei sie in ihrer Art gewollt oder nicht[2]) — des Angriffs, sodass der Angriff wohl mit Recht als der Versuch eines Eingriffes bezeichnet werden kann, und wir sagen können, das die Rechtslage drohende Ereignis muss im

[1]) S. Levita, Recht der Notw., Giessen 1856, S. 183.

[2]) Auf das Motiv des Angriffes kommt es nicht an. Die Tatseite entscheidet, nicht die Willensseite.

Stadium des Versuches stehen.[1]) Es wäre jedoch völlig verfehlt, wollte man hier den Versuch als solchen im rein strafrechtlichen Sinne auffassen. Es führte dies für unser Notwehrrecht zu den schlimmsten Konsequenzen. Ganz abgesehen davon, dass es eine Reihe von Angriffshandlungen gibt, deren Widerrechtlichkeit lediglich auf zivilrechtlichem Boden begründet ist, — Fälle, in denen also mit dem strafrechtlichen Versuchsbegriffe gar nicht operiert werden könnte, — würde angesichts der engen eben lediglich dem Strafgesetze akkomodierten Bestimmung des Versuchsbegriffs das Notwehrrecht in seinem Prinzipe zerstört und aufgehoben werden. Wir dürfen den Versuch, — soweit er rein kriminelle Funktion hat, — gar nicht in das Notwehrgebiet hereinziehen, weil wir sonst der durchaus falschen Anschauung nahe kämen, als sollte durch die Notwehr ein bestimmtes Verbrechen abgewehrt werden und wir konsequent das begonnene Verbrechen, also den Versuch, mit dem begonnenen Angriff, das vollendete Verbrechen aber mit dem vollendeten Angriff identifizieren müssten.[2])

Wir wären also veranlasst, einen speziell dem Rechte der Notwehr entsprechenden Versuchsbegriff zu konstruieren. Allein dies erwiese sich als durchaus verkehrt. Wir gehen von der Ansicht aus: das Notwehrprinzip verträgt keine solche formale Schranke. Sobald wir aber den Versuch (Angriff-Versuch des Eingriffs) als solchen in begrifflich genauer Abgrenzung für das Notwehrrecht konstruieren, mit anderen Worten, sobald wir dem Angegriffenen vorschreiben: Du musst Dich im konkreten Falle genau an diese Versuchsbestimmung halten, ist die Schranke da, und das Notwehrrecht problematisch und wertlos geworden.

Es müsste, meint Alberti,[3]) der phylosophisch richtige Versuchsbegriff, wie er de lege ferenda für das Straf- und Zivilrecht zu normieren wäre, gefunden werden. Allein mit der Aufstellung einer solchen Voraussetzung würde eben dem Notwehrechte der Todesstoss versetzt. Es muss dem Angegriffenen überlassen bleiben, aus dem Verhalten des Angriffssubjektes die Neigung, zum Eingriff überzugehen, zu schliessen.

---

[1]) Niemals kann natürlich in dem blossen Entschlusse, eine Änderung herbeizuführen, ein Angriff erblickt werden.

[2]) Binding, Hdb. S. 746 und Hälschner, Syst. des gem. deutsch. Strafrechts, S. 748 ff.

[3]) S. Alberti, Notwehrrecht, S. 17.

Durchaus unrichtig wäre, den Angriff in des Wortes engster Bedeutung, als das körperliche Anfassen zu verstehen.[1]) Andererseits sind ganz ungefährliche Handlungen, d. h. für den Eingriff ungeeignete Handlungen, nicht „Angriffe" im Sinne der Notwehrlehre. So wäre gegen denjenigen, der im Aberglauben befangen, die ihm gehörende Photographie seines Todfeindes durchbohrt, meinend, nun müsse derselbe in Jahresfrist unweigerlich sterben, Notwehr ausgeschlossen: ebenso gegen denjenigen, der seinen Feind totzubeten versucht.[2])

Alle derartigen Handlungen scheiden aus, da sie eine Gefahr, eine Not nicht zu begründen vermögen. Denn das ist das charakteristische beim Angriffe, dass sein Begriff notwendig den der Gefahr birgt: wo diese nicht vorhanden, ist jener ausgeschlossen.[3])

Sehr interessant und bestritten ist die Frage, ob in einem Unterlassen ein Angriff erblickt werden könne. Nehmen wir an: A wird in einer Versammlung von mir aufgefordert, den mir gemachten schweren Vorwurf der Unterschlagung als ungerechtfertigt zurückzunehmen, weigert sich jedoch entschieden, dies zu tun. Sollte in diesem Verhalten des A nicht ein erneuter Angriff auf meine Ehre zu erblicken sein, indem er doch seine verleumderischen Äusserungen bekräftigt, dadurch, dass er eine Zurücknahme als unwahr verweigert!

Oder es schliesst uns jemand ein, ohne dass wir es gemerkt, und weigert sich später uns zu öffnen oder den Schlüssel zu reichen! Sind dies keine Angriffshandlungen im Sinne der Notwehr? Zweifellos.

Unsere Beispiele zeigen uns, dass eine positive Handlung vorausgegangen ist, die mit dem folgenden Unterlassen im engsten Zusammenhang steht. Beide geben in ihrer Zusammenwirkung dem Angriff erst die beabsichtigte Realität. Notwehr ist hier stets zulässig.

Knüpfen wir ferner an die vielzitierten Fälle Kohlers (Menschenhilfe, Iherings Jahrbücher 25, S. 29) an von dem Steuermann, der auf hoher See das Steuer seinem Schicksale überlässt und so Hunderte von Menschenleben aufs Spiel setzt, oder von dem Katakombenführer, der den Reisenden zu verlassen sich anschickt.

Man sagt, hier liege kein Angriff vor, und wenn wir bei den Vertretern dieser Ansicht Umschau halten nach einer Begründung,

---

[1]) Olshausen, z. § 53 Anm. 5.

[2]) S. Schollmeyer, a. a. O., S. 5.

[3]) So auch Binding, a. a. O., S. 731. Frank, a. a. O., S. 90. Alberti, a. a. O., S. 21.

finden wir bei den wenigen, die überhaupt eine solche geben, nicht eine einzige, die einleuchtend wäre und praktisch befriedigen könnte. Die meisten begnügen sich mit der blossen Aufstellung, gegen Kommissivdelikte durch Unterlassung sei Notwehr nicht gestattet. Wer erzeugt in den Beispielen die Gefahr, die Not? Doch zweifellos der Steuermann und der Katakombenführer. Mit Recht betont Kohler, dass beide Täter sich zu ihren Opfern nicht in die Lage der kausalen Passivität stellen, dass sie also nicht geschehen lassen, was ohne sie auch geschieht oder geschehen wäre, sondern dass sie selbst die Notlage veranlassen? Sie greifen durch ihre negativen Handlungen ein Menschenleben gerade so an, wie der Messerheld, der soeben auf mich losstürzt. Hier wie dort haben wir es mit einer Handlung zu tun, die im Begriffe steht, eine Änderung des bestehenden Zustandes herbeizuführen, mit einem Versuche des Eingriffes in eine fremde Interessensphäre. Das Mittel ist hier das Messer, dort die pflicht- und[1]) rechtswidrige Nichtbehandlung des Steuers.

Man hat aufgestellt, für die Kohler'schen Beispiele wolle das B.G.B. höchstens das Selbsthülferecht des § 229 B.G.B., nicht Notwehrrecht angewendet wissen.[2]) Es handelt sich im § 229 B.G.B. um ein Recht der eigenmächtigen Anspruchsverwirklichung: es muss also der Gefährdete an den Gefährdenden einen Anspruch, d. h. ein Recht auf ein Tun oder Unterlassen haben; wo dieses fehlt, müsste er ruhig, gebunden an Händen und Füssen, der Willkür und dem Leichtsinn des Gefährdenden sich ergeben; wo es ihm zusteht, müsste er vor der eigenmächtigen Verwirklichung desselben, sich erst davon überzeugen, dass obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

Wird unter dem Angriff eine Handlung verstanden, die zum Zwecke der Verletzung eines Rechtsgutes vorgenommen wird, so darf für die Abwehr des Angriffes nicht unterschieden werden, ob dieser durch eine positive oder negative Handlung betätigt ist.

Nur gegen die echten Unterlassungen ist Notwehr auszuschliessen: sie begründen keinen Angriff. Dieser Satz ist fast unbestritten: nur noch Meyer[3]) und Berner[4]) sind entgegengesetzter

---

[1]) S. Cosack, Lehrb. d. deutsch. bürg. Recht, S. 592, nach seiner Ansicht ist die Verletzung der obligatorischen Pflicht nicht rechtswidrig.

[2]) Alberti, a. a. O., S. 19.

[3]) Meyer, Lehrb. d. deutsch. Strafr., S. 279.

[4]) Berner, Archiv d. Kriminalrechts, neue Folge 1848. XIV. S. 547 ff.

Ansicht. Die Zulassung einer Notwehr gegen echte, reine Unterlassungen lässt sich mit guten Gründen nicht vertreten. Es mangelt der Angriff. Gegen den Dieb, der die gestohlene Sache längst in ruhigem Besitze hat, kann, falls er sich weigert, sie herauszugeben, Notwehr nicht geübt werden.[1]) In der Unterlassung der Herausgabe ist nicht ein Angriff zu erblicken; ebensowenig in der Nichträumung der Wohnung durch den Mieter nach Ablauf der Mietzeit oder in der Nichtzahlung einer an einem bestimmten Termine fälligen Schuld.[2]) Hier wie dort fehlt es an einem Versuch, in die Rechtsgüterwelt des Gläubigers verletzend einzugreifen, an einer die Rechtslage desselben gefährdenden oder verändernden Handlung.

§ 4. Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Angriffes.

Der Begriff der Notwehr in der Auffassung, wie man sie in Laienkreisen häufig antrifft, weicht, wie die Erfahrung bestätigt, von dem Notwehrbegriffe im juristischen Sinne wesentlich ab. Diese durchaus nicht befremdende Erscheinung ist wohl mit Sicherheit darauf zurückzuführen, dass gerade das die Notwehr mitbedingende wichtige Moment der Gegenwärtigkeit des Angriffes in zahlreichen Fällen gänzlich ausser Acht gelassen oder doch in seinem Charakter völlig verkannt wird.

Die Schwierigkeiten, die ein Versuch genauer Klarlegung des Gegenwärtigkeitsbegriffes im Sinne der Notwehr bietet, erklären diesen Umstand zur Genüge. Eine präzise allgemein bindende Begriffsbestimmung wird sich auch niemals festlegen lassen. Denn hiezu sind doch die in Frage kommenden Situationen beim Angriff zu vielartig und zu divergierend, als dass eine feste Grenze in der Beobachtung dieses Erfordernisses gesetzt werden könnte. Auch der Gesetzgeber hat deshalb mit Recht vermieden, nähere Anhaltspunkte zu geben und die Frage nach der Gegenwärtigkeit der Entscheidung dem Richter im konkreten Falle überlassen.[3])

---

[1]) S. Stammler, Darst. d. strafr. Bedeutg. des Notstandes, 1878. S. 11.

[2]) S. Cosack, a. a. O. I., S. 290. Alberti, S. 30, a. a. O.

[3]) Sommerlad, Archiv f. Strafrecht, 35, S. 357, sagt: Der Begriff des gegenwärtigen Angriffes ist der Sprache des Lebens entnommen und muss in Ermangelung besonderer gesetzlicher Anhaltspunkte in dem Sinne aufgefasst werden, der ihm in dieser zukommt.

Die gemeine Meinung der Juristen geht dahin, dass unter einem gegenwärtigen Angriffe ein solcher zu verstehen sei, der einerseits unmittelbar bevorstehen bezw. begonnen haben müsse, andererseits noch nicht beendigt sein dürfe.

Wir schliessen uns dieser Aufstellung, soweit sie diese allgemeine Fassung trägt, völlig an.

a) Der Angriff muss unmittelbar bevorstehen:

Der Angriff braucht also niemals erst abgewartet zu werden, d. h. der Angegriffene braucht mit der Abwehr nicht zu warten, bis eine positive Verletzung zugefügt ist, sondern es genügt, dass auf seiner Seite die Gefahr besteht bezw. droht, einer zeitlich unmittelbaren, d. h. einer jeden Augenblick zu erwartenden, möglichen Verletzung ausgesetzt zu sein. Dabei ist durchaus nicht erforderlich, dass der Angriff objektiv bevorstehe; denn damit würde der Angegriffene wohl in weitaus den meisten Fällen dem Willen des Angreifers preisgegeben sein. Es müsste sich der Angegriffene jedesmal zuerst genau überlegen, ob der Angriff auch wirklich als ein bevorstehender von der Allgemeinheit wohl erachtet werden würde, ob das Verhalten des Angreifers zweifellos solcher Natur sei, dass es auf einen mit jedem Augenblick zu erwartenden Eingriff in fremde Rechtssphäre abzielen müsse. Er hätte also, wollte er sein Recht nicht überschreiten, in Zweifelsfällen, d. h. wenn er nicht völlig von der Existenz eines zweifellos bevorstehenden Angriffes überzeugt wäre, sei es aus Mangel an Kombinationsvermögen, oder aus Angst, am Ende doch geirrt zu haben, stets ruhig den wirklichen Eingriff abzuwarten: dann aber würde seine Verteidigung, wenn sie nicht schon als Notwehrexzess sich darstellte, regelmässig nutzlos sein. Solange Interessen, Charaktere und Anschauungen divergieren, so lange ist die Forderung eines objektiv bevorstehenden Angriffes sinnlos; denn sie ist zu erfüllen unmöglich, vorausgesetzt, dass das Recht verteidigt, das Unrecht bekämpft werden soll. Das Notwehrrecht hätte fortan nur noch äusserst problematischen Wert.

Es ergibt sich hieraus für uns mit zwingender Notwendigkeit, dass zum Notwehrstande der Angriff zu genügen habe, der lediglich subjektiv, in der Meinung des Angegriffenen, bevorsteht. Wir haben bereits dargelegt, dass unter einem Angriffe das Verhalten eines Lebewesens zu verstehen sei, das auf einen Eingriff in eine fremde Interessensphäre abziele. Dieses Verhalten muss sich als ein solches charakterisieren, das die Richtung, das Ziel, in die Rechte des Anderen einzugreifen, äusserlich in die Erscheinung bringt. Es ist

hier einerseits zu beachten, dass der Angriff nicht notwendig ein gewalttätiger oder ein körperlicher zu sein braucht, andererseits aber wieder hervorzuheben, dass eine blosse Entschlussfassung zum Angriff noch nicht selbst einen solchen bedeutet, und daher durch Notwehr nie gehindert werden kann.[1]) Daraus erhellt, dass gegen Anstifter, Verleiter u. s. w. Notwehr ausgeschlossen ist.

Es kommt lediglich auf die dem Angriffe ausgesetzte Person an, ob und inwieweit sie in dem Verhalten des Angriffssubjektes eine Neigung, einzugreifen, zu erkennen glaubt bezw. vermag. Levita bezeichnet es als rechtlich gleichgültig, ob der Angriff wirklich, objektiv oder nur subjektiv, in der Meinung des Handelnden, welche nach den konkreten Umständen wohl begründet sei, bevorstehe; das eine und das andere genüge.[2])

Der Angriff muss unmittelbar bevorstehen;[3]) dies ist der Fall, wenn, wie bereits angedeutet, das gefährdende, drohende Ereignis einzutreten im Begriffe steht: es muss sich bereits im Stadium des Versuches[4]) befinden, bezw. des Analogons der objektiven Seite desselben auf dem Gebiete der Fahrlässigkeit und des Zufalls.[5]) Es genügt sonach nicht ein Angriff, der erst in der Zukunft droht: eine erst auf die Zukunft sich beziehende Drohung kann das Erfordernis der Gegenwärtigkeit im massgebenden Sinne nicht erfüllen.

Jedoch erscheint es hier geboten, zu unterscheiden zwischen einer künftig möglichen und einer künftig absolut sicheren Gefahr. Macht dies für das Recht der Notwehr einen Unterschied?[6])

Der Charakter des Moments der Gegenwärtigkeit schliesst das künftig Mögliche aus. Die Kenntnis von einem in der Zukunft mir möglicherweise drohenden Angriff vermag in mir die augenblickliche Befürchtung einer Gefahr nicht hervorzurufen. Es ist kein Grund vorhanden, eine drohende Gefahr, die sich nicht tatsächlich als Ankündigung des sofortigen Angriffes darstellt, abzuwehren. Ent-

---

[1]) S. Alberti, a. a. O., S. 16.

[2]) Levita, a. a. O., S. 172.

[3]) Schollmeyer, a. a. O., S. 5, bezeichnet als unrichtig, den Angriff einen unmittelbar bevorstehenden zu nennen.

[4]) Vergl. oben S. 20 ff.

[5]) Alberti, a. a. O., S. 17.

[6]) S. Levita, a. a. O., S. 173: „Das „gegenwärtig" soll nur das künftig Mögliche ausschliessen." — Hälschner, a. a. O., S. 478: „Nicht der bloss mögliche, nur der wirkliche Angriff berechtigt zur Notwehr." Oppenhoff, Kommentar z. Strafrecht, S. 148.

scheidend ist die begründete Überzeugung des Bedrohten, dass ohne Abwehr die Folge des ursprünglich als Drohung erscheinenden sich immer weiter entwickelnden Angriffes, die Verletzung, nicht ausbleiben wird.[1])

Eine Androhung, die unzweideutig und zweifellos ihr unmittelbares Eintreten mich befürchten lässt, begründet einen momentanen Zustand der Gefahr, der Not, und stellt sich bereits dar als gegenwärtiger Angriff. Ich sehe z. B. auf meinem Spaziergange, wie ein Landstreicher von weitem mit gezücktem Messer auf mich losstürzt. Es wird mir niemand zumuten, mit meiner Verteidigung zu warten, bis er auf zwei Schritte an mich herangekommen ist.

Hier haben wir es mit einem unzweideutig angedrohten Angriffe zu tun, der nicht erst in seinem letzten Moment, sondern bereits in seinem Urbeginne einen Zustand der Not hervorruft. Es ändert nichts an meinem Rechte der Abwehr, dass der Landstreicher noch hundert Schritte von mir entfernt ist. Der Begriff „örtlich" hat mit dem Momente der Gegenwärtigkeit durchaus nichts zu tun: entscheidend ist lediglich die Zeitlichkeit der Verletzungsgefahr.[2])

Nicht selten wird es freilich vorkommen, dass die Befürchtung, einem drohenden Angriffe gegenüber zu stehen, lediglich auf Einbildung zurückzuführen ist. In solchen Fällen das Recht der Notwehr von vornherein zu versagen, wäre vielleicht nicht verfehlt. Es ist hier nicht der Platz, auf diese psychologisch sicherlich interessante Frage näher einzugehen. Wir verweisen im übrigen auf die Erörterung der Frage der Ehrennotwehr.

Die Charakterisierung des unmittelbar bevorstehenden Angriffes in dem eben erörterten Sinne ist keineswegs das Werk der neueren Doktrin, die weit eher zu Einschränkungen als zu Erweiterungen geneigt ist, vielmehr haben sie schon die Römer als notwendig und natürlich gefunden: Melius enim est occurrere in tempore quam post exitum vindicare. Li latrocinantem peremisti, dubium non est, eum, qui inferendae caedis voluntate praecesserat, iure caesum videri.[3])

---

[1]) Hälschner, a. a. O., S. 478, nennt den Angriff eine zeitlich verlaufende Handlung, die in ihrem Beginne in der Regel als Drohung erscheinen wird.

[2]) S. nähere Darlegung am Schlusse dieses Paragraphen.

[3]) l. 1 C. (quando liceat, unicuique sine iudice (3,27); l. 4 C. Ad legem Corn. de sic. (9,16). Der Begriff des unmittelbaren Bevorstehens kommt noch in vielen anderen Bestimmungen deutlich, wenn auch weniger markant, wie hier, zum Ausdruck.

Sehr bezeichnend auch sagt der vielzitierte Artikel 140 der Carolina: ist auch mit seiner gegenwer, bis er geschlagen wirdt, zu warten nit schuldig, wozu die Bambergische Halsgerichtsordnung noch den charakteristischen Schlusssatz bringt: „als etlich unverstendig lewt meinen.“[1])

Es wird so nachdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass die Berechtigung der Selbstverteidigung schon vor tätlichen Angriffen geradezu selbstverständlich ist.

Zwar geben uns weder die römischen Quellen noch die Halsgerichtsordnungen eine formal vollständige Auseinanderlegung des Begriffes, allein um so klarer und verständlicher spricht aus ihnen der Wille, der Zweck.

Die Gesetzgeber erkannten recht wohl, dass es durchaus verkehrt wäre, ein so natürliches Recht, wie das der Notwehr, durch ausführliche Bestimmungen zu erläutern, oder durch verkünstelte Beschränkungen innerlich wieder aufzulösen.

b) Gegenwärtig ist noch der bereits begonnene Angriff, solange er noch nicht beendigt ist. Der Angriff beginnt, wie wir bereits festgelegt haben, sobald eine zeitlich unmittelbare Verletzung zu erwarten ist.

Somit stellen wir den unmittelbar bevorstehenden dem bereits begonnenen Angriffe gleich. Wir heben diese Gleichstellung hier ausdrücklich hervor, um einer falschen Auffassung, zu welcher der Begriff des „Begonnen haben“ führen könnte, vorzubeugen. So nennt Levita[2]) es unrichtig, den Angriff als einen „begonnenen“ zu bestimmen, „da die Verteidigung als gegen ein Zukünftiges gerichtet, auch wenn der drohenden Verletzung bereits andere vorausgegangen seien, doch nur stets gegen die weiter bevorstehenden stattfände.“ Er macht also offenbar einen Unterschied zwischen dem unmittelbar bevorstehenden und dem begonnenen Angriff, indem er in letzterem bereits den perfekten Eingriff erblickt, die Realisierung des Willens, die Verletzung. Allein u. E. hat der Angriff, sobald er einmal unmittelbar bevorsteht, auch bereits begonnen. Die ersten auf den Eingriff abzielenden, dessen Hervorbringung untrüglich verratenden Anzeigen haben begonnen, in die Erscheinung zu treten und so eine Not, eine Gefahr zu erzeugen.

„Unmittelbar bevorstehen“ und „begonnen haben“ gehören

---

[1]) Bambergensis art. 165.

[2]) Levita, a. a. O., S. 173; s. auch Schellmeyer, a. a. O., S. 5.

beide in gleicher Bedeutung dem Stadium des Versuches an, des Versuches des Eingriffes.

Weit wichtiger und interessanter ist die Frage:

Wann ist der Angriff als beendigt anzusehen? Was ist unter Beendigung des Angriffs zu verstehen?

Eine präzise Definition der Angriffsbeendigung festzulegen, ist angesichts der vielartigen Situationen, in denen unsere Frage praktisch wird, ein sehr gewagter Versuch. Annähernd könnte man vielleicht dieser Aufgabe durch folgende Bestimmung gerecht werden:

Der Angriff, der als Eingriff sich qualifizierende Angriff auf fremde Rechtgüter ist dann beendet, sobald für den Angegriffenen die Möglichkeit erloschen ist, beim Angriffssubjekte die Neigung zur Fortsetzung seines rechtswidrigen Verhaltens anzunehmen.

Auch diese Begriffsbegrenzung weist eine Schwäche auf, indem sie nicht allen Verhältnissen Rechnung trägt. So haben wir vor allem die wichtige vielbestrittene Frage, wie weit Notwehr bei Eigentumsdelikten möglich, dabei völlig ausser Acht gelassen: die Wichtigkeit dieser Frage erfordert eine eigene spezielle Beantwortung und eine spezielle Festlegung des Beendigungsbegriffes, vielleicht in folgender Formulierung:

Der Angriff auf das Eigentum ist dann beendet, sobald für den Angegriffenen die Möglichkeit erloschen ist, der Gefahr eines bleibenden Besitzverlustes vorzubeugen.[1]) Doch hievon alsbald weiter unten.

Der Angriff ist beendet, sobald es nach der Überzeugung des Angegriffenen ausgeschlossen erscheint, dass das Verhalten des Angriffssubjektes eine weitere Neigung in seine Interessensphäre einzugreifen befürchten lässt.

Zweifellos nun kann mit der vom Angriffssubjekte zugefügten Verletzung der Angriff seinen Abschluss gefunden haben, er kann faktisch beendet sein. Jedes weitere abwehrende Verhalten seitens des Angegriffenen würde sich fortan als positiver Angriff darstellen, der seitens des Erstangreifers wiederum zur Notwehr berechtigte. Allein es wäre von Grund aus verfehlt, einen dahin gehenden generellen Satz aufzustellen, wollte man also den Angriff dann als beendet ansehen, sobald die Vollendung einer Verletzung im strafrechtlichen Sinne eingetreten ist. Zu dieser Ansicht bekennt sich

[1]) Herrmann, zur Beurteilung des Entwurfes eines Kriminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen, S. 142.

von Liszt § 33. Er will mit der Konsummation des Deliktes, d. h. sobald nach den strafrechtlichen Bestimmungen die Vollendung des Verbrechens eingetreten ist, den Angriff definitiv beendet wissen. Zu welch' äusserst bedenklichen Consequenzen diese Anschauung führt, wird sich zeigen.

Um das Gegenwärtigkeitsmoment, insoweit es sich um die Frage nach der Beendigung des Angriffes handelt, richtig erfassen zu können, muss mit dem für das Strafrecht massgebenden Vollendungsbegriff völlig gebrochen werden. Wir haben gänzliche Ignorierung der für das Notwehrrecht in der Tat anwendungsuntauglichen lediglich kriminell bedeutsamen Begriffsbestimmungen schon früher bei Erörterung des Angriffes als eines versuchten Eingriffes für unerlässlich erklärt.

Es wäre ebenso unangebracht, jetzt mit dem strafrechtlichen Vollendungsbegriffe zu operieren, wie dort mit dem kriminellen Versuchsbegriffe. Beide haben lediglich kriminelle Funktion.

Der Angriff bedeutet ein „Faktisches, nicht ein Juristisches“[1]). So kann nur die faktische Beendigung des Angriffes, nicht seine juristische Vollendung als Verbrechen über die Frage der Zulässigkeit der Notwehr entscheiden, ihre Grenze gegen die Selbsthilfe bestimmen. Das Moment der juristischen Konsummation des Verbrechens ist völlig irrelevant.

Hier taucht nun die vielumstrittene Frage auf, inwieweit Notwehr bei Eigentumsdelikten gestattet oder ob hier nur Selbsthilfe gemäss § 859 B. G. B. möglich sei. Die Frage wird lauten: Wann ist der Angriff auf mein Eigentum als völlig beendet anzusehen?

Wir haben diese Frage bereits oben beantwortet, nämlich, sobald für den Angegriffenen die Möglichkeit ausgeschlossen ist, einem bleibenden Besitzverluste vorzubeugen.

Wir verstehen unter dem Besitze die Gewalt, über eine Sache zu verfügen.[2]) Solange mir möglich ist, die Verfügungsgewalt auszuüben, kann von einem Besitzverluste keine Rede sein. Es ist also ganz zweifellos, dass in dem Moment, in dem ich den Delinquenten bei der Wegnahme der Sache in meiner Wohnung ertappe, die Herrschaftsgewalt noch bei m i r ist; denn ich kann ihm ja die Sache jederzeit wieder entreissen; er kann sie gar nicht wehrhaft in seine

---

[1]) S. Levita, a. a. O., S. 172 f. Endemann, Bürg. Recht I. 8. Aufl. S. 435; v. Liszt (a. a. O.) Lehrb., S. 124; Binding, Hdb. 746.

[2]) S. Bürgerl. Gesetzbuch § 854 f.

Hand bekommen, solange er selbst mit der Sache in meiner vollständigen Gewalt sich befindet. Diese Aufstellung wird durch eine Degistenstelle unterstützt[1]), in welcher ausgesprochen ist, dass der Besitz der von dem Sklaven des Besitzers entwendeten Sache darum als fortbestehend angenommen wird, weil sich der fur selbst, also vermittelst desselben auch die entwendete Sache im Besitze des Herrn befindet. Analog verhält es sich mit dem Falle des im Hause ertappten Diebes. Solange er in meiner Wohnung sich befindet, ist er und mit ihm die entwendete Sache in meiner Gewalt.[2])

Verfolge ich nun den vor mir davoneilenden Dieb, so ist dies meinerseits lediglich ein Versuch zu verhüten, dass die Verfügungsgewalt auf ihn übergehe, und solange ich ihn verfolge, bekunde ich eben, dass für mich die Möglichkeit einer sofortigen Wiedererlangung meiner Sache besteht, d. h. die Möglichkeit, einem bleibenden Besitzverluste vorzubeugen. Dass der Dieb die völlige Verfügungsgewalt erlangt habe, kann also erst dann behauptet werden, wenn eine in in concreto vorhandene Notwehrmöglichkeit gänzlich erloschen ist. Dies ist aber nicht der Fall, solange es in meiner Macht liegt, jeden Augenblick, sobald ich will, den Dieb zu überwältigen, — z. B. durch Gebrauch einer Schiesswaffe, deren ich mich nur nicht jetzt schon bedienen mag, weil ich den äussersten Schritt, solange als möglich, vermeiden will, oder durch Hilfe anderer, von denen ich weiss, dass sie sofort zur Überwältigung des Diebes bereit sind —. Die Verfügungsgewalt hat der Dieb dann erlangt, wenn der Diebstahl gelungen ist, der Dieb seinen Endzweck erreicht hat und er die Sache geniessen kann durch freie ungestörte Verfügung darüber, was doch wohl, solange er sich verfolgt weiss und auf der Flucht befindet, sicherlich nicht der Fall ist.[3]) — Der Standpunkt, dass der Diebstahl vollendet sei, wenn der Täter angetroffen wird, wie er eben mit der von ihm ergriffenen Sache davonzueilen bestrebt ist, da er mit der Besitzergreifung die normale Verfügungsgewalt schon habe, ist u. E. ein keineswegs zu billigender. Ob und wann eine Verfügungsgewalt auf Seiten des Diebes eintritt, hängt von dem ihn

---

[1]) Lex 15 D. de acqu. vel amitt. possess. (XLI 2).

[2]) S. Seger, Abhandlungen a. d. Strafr., S. 349 ff. u. 348; Binding, S. 746; Levita, a. a. O., S. 178 f.

[3]) Schollmeyer, a. a. O., S. 9, 6 u. 7; Alberti, a. a. O., S. 17. Schon nach röm. Rechte durfte der fliehende Dieb, wenn das Eigentum nicht anders geschützt werden konnte, unbedingt getötet werden, so fr. 9 D. 48,8: furem si quis occederit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit

ertappenden bezw. verfolgenden Rechtsinhaber der entwendeten Sache ab. Für die Beendigung des Angriffes kann nicht der Augenblick der formellen Deliktsvollendung, das Vorhandensein des Deliktstatbestandes des Paragraphen 242 St.G.B. massgebend sein. Angenommen auch das Diebstahlsdelikt wäre nach der Apprehensionstheorie consummiert, so besteht für den Bestohlenen doch sicherlich die Gefahr noch darin, dass die Sache seiner Herrschaftsphäre definitiv entzogen wird. Solange ihm diese Gefahr abzuwenden möglich scheint, ist der Angriff ein gegenwärtiger. Er wird als beendigt anzusehen sein, sobald eine Abwendung der Gefahr unmöglich geworden ist für den Bestohlenen, sei es, dass er von einer weiteren Verfolgung Abstand nimmt, oder die Möglichkeit einer sofortigen Wiedererlangung von vornherein aufgibt.[1]) Das Bürgerliche Gesetzsetzbuch gibt uns den klarsten Aufschluss über den Eintritt des Besitzverlustes im § 856, wonach der Verlust des Besitzes erst dann eintritt, wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt in der Weise verliert, dass er dauernd, nicht aber — Abs. 2 des cit. § — nur vorübergehend an der Ausübung dieser Gewalt verhindert ist. Wenn ich nun den Dieb verfolge auf der Flucht, so kann doch wohl von einer dauernden Verhinderung der Gewaltausübung meinerseits noch nicht die Rede sein, sondern höchstens von einer vorübergehenden, wenn überhaupt eine Verhinderung in Frage käme. Meine Verfolgung bezweckt ja lediglich zu verhüten, dass eine Verhinderung auf meiner Seite eintritt.[2]) Diese wird erst dann Tatsache, wenn der Dieb seine Beute in völlige Sicherheit gebracht hat und somit ein ruhiger Besitz auf seiner Seite eingetreten ist. Dieser Zeitpunkt des ruhigen Innehabens wird aber erst dann eintreten, wenn ich jede weitere Verfolgung aufgebe. Bis dahin bleibt der Angriff ein gegenwärtiger und meine Verfolgung trägt zweifellos den Charakter einer Verteidigung im Sinne der rechten Notwehr. Denn, solange das Civilrecht den Besitz als unverloren betrachtet, kann dieser auch durch Notwehr verteidigt werden.[3]) (s. § 856 I u. II B.G.B.) — [4]).

---

[1]) Binding, Hdbch., S. 747b; Hälschner, a. a. O., S. 479: Notwehr ist erst dann unstatthaft, wenn in einem Momente des ungestörten Besitzes seitens des Täters, dessen rechtswidrige Tätigkeit ihr Ende erreicht. Auch Schwarze, a. a. O., S. 229, lässt den Angriff erst beendet sein, wenn ein richtiger Besitz eingetreten ist.

[2]) Bezw. eine Fortdauer der (jetzt noch beschränkten) Verfügungsgewalt auf Seiten des Diebes.

[3]) S. Binding, Hdb., S. 747; Meyer, a. a. O., S. 279 d.

[4]) Ein Widerstand des Diebes wird dabei keineswegs vorausgesetzt (so früher das Braunschweig. und das Thüring. Gesetzb. § 166 u. Art 66).

Luden sagt: dem Verletzten könne zwar das Recht nicht abgesprochen werden, dem Verbrecher nachzueilen, um sich wieder in den Besitz zu setzen; hier könne Notwehr begründet sein, aber nur bei geleistetem Widerstande. Allein das Recht, auf den Fliehenden zu schiessen, bloss zu dem Zwecke, ihn an weiterer Flucht zu hindern, könne ihm nicht zustehen, da er auf jeden Fall in der an und für sich möglichen vollständigen Entschädigung noch andere Mittel habe, die Verletzung von sich abzuwenden. — „Damit mag sich derjenige trösten, der sein ganzes Vermögen, das er in Wertpapieren bei sich führt, widerstandslos dahin geben muss; er behält immer noch das Eigentum und die rei vindicatio —, der Räuber hat nichts als den faktischen Besitz!“ Das erinnert an den Bestohlenen, der sich damit tröstete, dass der Dieb die Gebrauchsanweisung nicht in Händen habe.[1])

Warum nach der Apprehension der Sache, mit welcher, wie wir bewiesen haben, die tatsächliche Gewalt des verletzten Besitzers keineswegs verloren zu sein braucht, nur Selbsthilfe gemäss § 859 B.G.B.[2]) Platz greifen soll, ist nicht einzusehen: Wir haben es in unserem Falle stets mit einer ausgesprochenen Rechtsverteidigung zu tun, im Sinne des § 227 B.G.B. Sonach steht auch jedem Dritten das unverkürzte Recht zu, dem bleibenden Besitzverluste im Interesse des eigentlichen Besitzers dadurch vorzubeugen, dass er den fliehenden Dieb unter Anwendung aller, dem bestohlenen Besitzer, zustehenden Gewaltmittel verfolgt; es ist das Recht der Nothilfe, das der § 859 B.G.B. versagt[3]); er ist schon um deswillen als Schutzvorschrift mangelhaft.

Wir resumieren:

Solange ein Kontinuitätsverhältnis zwischen dem Moment der Wegnahme der Sache durch den Dieb und dem Akt der gewaltsamen Wiedererlangung derselben besteht, trägt die letztere den Charakter der Abwehr gegenwärtigen Angriffs, ist als Rechts- bezw. Selbstverteidigung durch § 227 B.G.B., 53 St.G.B. sanktioniert: denn solange kann von einem völligen Bruche des Gewahrsams des Angegriffenen nicht gesprochen werden. Ein solcher wird eintreten im ersten Momente einer ruhigen ungestörten Innehabung der Sache

---

[1]) Ihering, a. a. O., S. 94: Luden, Handb. des Strafrechts S. 293 ff. u. Abhandlungen aus dem gem. deutsch. Strafr. S. 481 ff. II. B.)

[2]) S. v. Liszt, Deliktsobl., S. 86 II.

[3]) S. v. Liszt, Del. Obl., S. 86 II. 1; Frank, a. a. O., S. 91,8; v. Liszt, S. 146, Lehrb. b β; Endemann, Lehrb., Bd. I., S. 435 Anm. 9.

auf Seiten des Diebes, von dem Augenblicke an, in dem diese für den Angegriffenen nicht mehr erreichbar ist[1]), denn nun ist das bisherige Gewalt-Verhältnis aufgehoben und die Fortsetzung weiterer Verfolgungshandlung würde sich fortab als eigentlichen Akt der Selbsthilfe gemäss § 859 B.G.B. charakterisieren, nicht mehr als Abwehr von Unrecht, als Rechtsverteidigung, sondern als Wiederbemächtigung, als gewaltsame Verwirklichung des eigenen Rechtes auf Wiedererlangung des Besitzes. § 859 B.G.B. ergibt nicht einen Notwehrfall[2]); schon wegen des Ausschlusses des gerade für den Besitzschutz (z. B. gegenüber dem fliehenden Diebe) höchst wesentlichen Rechtes der Nothilfe nicht.

Die Absätze II und III des § 859 B.G.B., die übrigens auch in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuche[3]) fälschlicherweise zum Rechte der Selbstverteidigung gezogen werden, haben zur Voraussetzung den bereits erfolgten Besitzverlust (argum: „so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen"); mit anderen Worten, um die in den beiden Absätzen eingeräumten Befugnisse auslösen zu können, muss der Angriff auf den Besitz bereits seinen vollen Abschluss gefunden haben; der Angriff muss beendet sein. In diesem Augenblicke erlischt das Recht der Notwehr und lebt auf das der unerlaubten Selbsthilfe; die Beendigung des faktischen Angriffes bildet ihre Grenze.[4])

Die Lisztsche Ansicht von der Konsummation des Deliktes als dem beendeten Angriffe zeigt ihre Schwäche besonders in der Generalisierung dieser Aufstellung. Das B.G.B. könnte doch immerhin nur für solche Delikte massgebend sein, die zum Tatbestande die Besitzerlangung erfordern, wie Diebstahl, Raub.

Weiter aber müssen wir uns fragen, was versteht v. Liszt unter dem vollendeten Verbrechen?

Ist es der Angriff, sofern er nur den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt?

Allein der Wille des Angreifers geht doch wohl zunächst stets

---

[1]) Der Angriff also zu einem unmittelbar nicht mehr zu beseitigenden Erfolge geführt hat; s. Rüdorff, kl. komm. Textausg. des Strafrechts, S. 187, A. 11; Schollmeyer, a. a. O., S. 6; Binding, Hdb., S. 746. 747.

[2]) S. v. Liszt, Del.-Obl. S 86 I und II; Endemann a. a. O., S. 435.

[3]) Motive I, S. 349.

[4]) S. Titze, die Notstandsrechte 1897, S. 79, 80, Anm. 20, der gegen den flüchtigen noch erreichbaren Dieb „Notwehr aus § 859 I" zulässt.

auf Schädigung des Angegriffenen und nicht lediglich auf Herbeiführung eines gewissen Deliktstatbestandes. Mit anderen Worten: Der Täter begeht doch nicht deshalb ein Delikt, um den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt zu wissen. Es wäre also irrtümlich, das Verbrechen als vollendet aufzufassen, sobald sich die Angriffstätigkeit als ein solcher Tatbestand charakterisiert. In sehr vielen Fällen werden gerade die ersten Angriffshandlungen bereits alle Tatmomente einer strafbaren Handlung ergeben, obwohl sie nur Mittel zum Zwecke sind, notwendig sind zur Ausführung eines weiteren Deliktes oder zur Schädigung des Angegriffenen. Mit Begehung des Zweckvermittelungsdeliktes — dieser Ausdruck sei uns der Prägnanz halber gestattet — ist der Angriff niemals beendet, er kann beendet sein mit der Vollendung des Hauptdeliktes, des vom Täter beabsichtigten Deliktes, das dem Angegriffenen eben die Schädigung bringen soll, allein er muss durchaus nicht damit beendet sein, indem ja der Täter seinen Angriff immer noch fortsetzen könnte, z. B. nach widerrechtlichem Eindringen in das Haus des Angegriffenen (Hausfriedensbruch) entwedet er die gewünschte Uhr (Diebstahl) und geht schliesslich noch zu Misshandlungen des Angegriffenen über.

Also weder unter der schliesslich beabsichtigten noch unter der zur Zufügung der Beschädigung notwendigen strafbaren Handlung ist das Verbrechen zu verstehen, mit dessen Vollendung der Angriff beendet sein soll. Und doch, eines von beiden muss v. Liszt im Auge haben, entweder das Zweckdelikt oder das Zweckvermittelungsdelikt. Wann ihre Vollendung eingetreten sei, richtet sich, soweit sie als vom Strafgesetzbuche unter Strafe gestellte Handlungen in Betracht kommen, nach den genau begrenzten strafrechtlichen Bestimmungen. Allein kann nicht auch eine zivilrechtlich unerlaubte Handlung einen rechtswidrigen Angriff enthalten? Und wann ist ihre Vollendung eingetreten? Wann ist das Privatdelikt vollendet? Hier scheitert die v. Lisztsche Theorie vollends. Mit der Konsummation des Privatdeliktes die Beendigung des Angriffes eintreten zu lassen, wäre, da das Zivilrecht, im Gegensatze zum Strafrechte, einer speziellen genauen Begrenzung seiner Deliktstatbestände durchaus ermangelt, ebenso unmöglich wie unangebracht.[1])

Der Angriff, d. h. der bereits als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre sich charakterisierende Angriff, wird vielmehr erst

[1]) S. Schollmeyer, S. 8, a. a. O.

dann als beendet anzusehen sein, wenn für den Angegriffenen die Möglichkeit gänzlich erloschen ist, im Verhalten des Angriffssubjektes eine Neigung zur Fortsetzung seines rechtswidrigen Tuns zu erkennen, bezw. — und dies gilt speziell dem Besitze — der Gefahr eines bleibenden Besitzverlustes vorzubeugen.[1])

Man könnte auch als Beendigung des Angriffes den Moment auffassen, in dem der Angriff im Sinne des Angriffssubjektes als gelungen zu betrachten sei. Denn von diesem Augenblicke an werden weitere Eingriffsversuche unterbleiben und nicht zu befürchten sein. Allein von einem gelungenen Angriff lässt sich erst dann reden, wenn ein wirklicher Eingriff in eine fremde Rechtssphäre vorliegt: damit allein, dass der Angreifer die für den Eintritt der Beschädigung nötigen Bedingungen gesetzt hat, liegt noch kein gelungener Angriff vor. „Man kann", — so das Schollmeyer'sche Beispiel[2]) — „beabsichtigen, einen Anderen zu ärgern; hat man ihm reichlich Grund zum Ärger gegeben, so ist der Angriff gleichwohl erst gelungen, wenn der andere sich wirklich ärgert. Sonst war alle Mühe vergeblich."

Es kommt stets darauf an, ob der eingetretene Erfolg mit dem Ziele des Angreifers sich deckt oder nicht; in ersterem Falle wird ein völlig gelungener, im letzteren wohl nur ein teilweise gelungener Angriff vorliegen.[2])

Eine an die Besitznotwehr sich eng anschliessende, sehr strittige Frage ist die nach der Verteidigung gegen den in ein Besitztum widerrechtlich bereits Eingedrungenen bezw. gegen einen darin unbefugt Verweilenden. Dass es ein Notwehrrecht gibt gegen den Versuch des Eindringens, ist wohl ziemlich unbestritten. Dagegen ist man sich durchaus nicht einig darüber, ob Notwehr gegen den bereits Eingedrungenen ohne weiteres statthaft sei. Man hat hier Notwehr auszuschliessen gesucht, mit der Motivierung, dass die Handlung der Besitzstörung bereits vollendet sei, dass also mit der Konsummation des Vergehens des Hausfriedensbruches der widerrechtliche Angriff seinen Abschluss gefunden habe. Andererseits hat man eine Notwehr zugelassen, aber nur bedingt und zwar im Falle des Widerstandes des Eingedrungenen.[3]) Es handelt sich

---

[1]) **Binding**, Hdb. S. 747, sagt: Der Angriff bleibt gegenwärtig, wenn die Verbrechensvollendung den definitiven Verlust des angegr. Guts noch nicht notwendig bedeutet.

[2]) **Schollmeyer**, a. a. O., S. 8.

[3]) S. **Breidenbach**, Kommentar S. 660 ff.

hier um die Frage, ob das Eingedrungensein noch unter den Begriff „des gegenwärtigen Angriffes“ falle, und diese Frage ist unbedenklich zu bejahen, man müsste denn leugnen, dass der ruhige Besitz noch gefährdet sei. Oder sollte etwa mit dem Augenblick, in dem der widerrechtlich Eindringende den Hausflur betreten, die Gefahr für den ruhigen Besitz, für das Leben, die Ehre oder das Eigentum des Besitzers völlig vorüber sein? Solange der Andere noch einzudringen sucht, ist die Gefahr doch nicht so gross, als gerade jetzt, wo er das Innere des Besitztums erreicht und nunmehr seine Absicht, den Zweck irgend einer Schädigung erst zu realisieren sucht. Das Eingedrungensein ist nichts weiter als eine Fortsetzung des widerrechtlichen Eindringens.

Die Verteidigung gegen den bereits Eingedrungenen ist daher rechte Notwehr, und nicht erlaubte Selbsthilfe.[1]) Etwas anderes ist es, wenn der Besitzer gerade dazu kommt, wie der Eindringling das Besitztum zu verlassen sucht, seinen Angriff also aufgibt; hier würde sich jede verletzende Handlung seitens des Besitzers zweifellos als Rache darstellen.

Wie mit dem „Eingedrungensein“ verhält es sich mit dem „eigenmächtigen Dableiben.“

Das unbefugte Verweilen, als Fortsetzung des widerrechtlichen Eindringens bezw. Eingedrungenseins, stellt sich dar als fortgesetzter Angriff auf den Besitz[2]) oder auf sonst ein Rechtsgut, dessen Ver-

---

[1]) Sander, Beiträge z. Lehre v. d. Notw., im Archiv des Kriminalrechts, neue Folge, 1841; sagt S. 92 ganz richtig, dass man, wenn man sich dagegen schrankenlos wehren könne, dass der Angreifer wirklich eindringe, man die gleiche Wehr auch dann noch zulassen müsse, wenn der Angreifer in Gegenwart des Eigentümers schon gewalttätig eingedrungen sei, oder der Eigentümer, wenn dies geschehen, dazu komme.

Breidenbach, Kommentar über das Grossherzogl. Hess. Strafgesb. S. 600 ff. will nur Selbsthilfe zulassen.

Eine einleuchtende Begründung, warum hier Selbsthilfe Platz zu greifen habe, gibt niemand; sie wäre auch schwierig zu finden. Geyer, die Lehre von der Notwehr, S. 165 sagt richtig: „Die ausnahmeweise Behandlung des Eingedrungenen lässt sich nicht einmal vom zivilistischen Standpunkte aus rechtfertigen; denn durch das heimliche Eindringen ist der Besitz nach Zivilrecht gar nicht verloren, wenn der rechtmässige Besitzer, sobald er Kenntnis davon erhält, den Eindringling mit Gewalt wieder vertreibt.

[2]) Schwarze, Komment. z. Strafgesb., S. 230, Note 6 sagt, unbefugtes Verweilen könne zwar — nach Befinden — zu Gewaltmassregeln berechtigen, aber nicht zur Notwehr in dem Sinne des § 53, denn in diesem Verweilen liege nicht ein Angriff auf unser Besitzrecht; dagegen könne Widersetzung

letzung der Täter mit seinem widerrechtlichen Eindringen bezw. Verweilen bezweckt. Mit Recht billigt Levita[1]) den Preussischen Gesetzentwurf von 1847, § 55, der zur Notwehr solche Handlungen rechnet, welche vorgenommen werden, um denjenigen zu vertreiben, welcher in eines Anderen Besitztum mit Gewalt eindringt, oder darin wider den Willen des Besitzers verbleibt.

c) Zum Schlusse dieses Paragraphen interessiert noch die Frage, ob der Gegenwärtigkeitsbegriff das Moment der zeitlichen oder das der örtlichen Gegenwart oder aber das der zeitlichen und örtlichen Gegenwart erheischt, und im Anschluss hieran die Frage nach der Rechtmässigkeit im Voraus getroffener Schutzmassregeln für den Fall eines in der Zukunft möglichen Angriffes.

Das Begriffsmerkmal „gegenwärtig" lässt sich sowohl in zeitlichem wie in örtlichem Sinne interpretieren und gelangt in mündlichem wie schriftlichem Sprachgebrauche ebenso häufig in ersterem wie in letzterem Sinne zur Anwendung. Die Notwehrdefinition umgeht eine nähere Charakterisierung dieses Begriffes und zwar mit vollem Rechte. Der Ausdruck „gegenwärtiger Angriff" ist der Sprache des Lebens entnommen, sagt Sommerlad[2]) richtig, und muss in Ermangelung besonderer gesetzlicher Anhaltspunkte in dem Sinne aufgefasst werden, der ihm in dieser zukommt. Allein u. E. kann es sich im Sinne der Notwehrlehre nur um einen zeitlich gegenwärtigen, d. h. einen zeitlich unmittelbar bevorstehenden oder zeitlich noch nicht beendeten Angriff handeln.

Wenn Riso[3]) lediglich das räumliche Moment dem Gegenwärtigkeitsbegriffe imputiert, so versetzt er damit den Angegriffenen in eine äusserst zweifelhafte und peinliche Lage; er übersieht völlig die Möglichkeit der Verteidigung mittels einer Schusswaffe. Nehmen wir an, ich sehe, von der Jagd zurückkommend, von weitem, wie ein Strolch soeben im Begriffe steht, meinen Heuschober in Brand zu setzen; ich müsste also nach Riso entweder dem Verbrecher ruhig zusehen, wie er das Heu anzündet, oder aber möglichst rasch

---

mit Gewalt zur Notwehr berechtigen. v. Liszt, Lehrb., S. 403, III. S. 1b: „gegen den Verweilenden ist Notwehr z. B. durch Hinauswerfen, zulässig." Dies spricht im Grunde gegen seine Lehre von der Konsummation des Delikts als dem beendeten Angriff. Ob übrigens der Gast in öffentl. Wirtschaften, dem der Wirt den Zutritt gestattet, in jedem Falle das Recht hat, eine angemessene Zeit zu verweilen, dürfte mindestens sehr fraglich sein.

[1]) Levita, a. a. O., S. 182.

[2]) Sommerlad, Archiv f. Strafr. 34, S. 357.

[3]) Riso, das Recht der Eigenmacht, Leipzig 1899, S. 20, oben.

in unmittelbare Nähe desselben zu kommen suchen; das Ende in beiden Fällen wird sein, dass, bis ich hinzukomme, das Haus in Flammen steht und der Verbrecher das Weite gesucht hat. Es wäre vernunftwidrig, wollte man hier eine Abwehr des zeitlich unmittelbar bevorstehenden Angriffes durch Unschädlichmachung des Verbrechers mit einer Schusswaffe versagen. Die räumliche Nähe des Angriffes kann und darf niemals Essentiale der Notwehrhandlung sein. Richtig sagt Binding[1]): „Gegenwärtig ist der Angriff, wenn die Gefahr einer zeitlich unmittelbaren Verletzung vorhanden ist.“ Dass, wie Olshausen[2]) sagt, einem schon begonnenen, aber räumlich entfernten Angriffe gegenüber, von dem der Angegriffene Kenntnis erhalten hat, Notwehr ausgeschlossen ist, ist wohl selbstverständlich; denn, wenn der Angriff räumlich noch so weit entfernt ist, dass der Angegriffene, oder besser gesagt, künftig bedrohte, ihn nicht selbst wahrzunehmen im Stande ist, sondern erst Kenntnis von dritter Seite nehmen muss, ist ja eine Not oder Gefahr noch gar nicht vorhanden, wie sie die Notwehr bedingt.

Freilich schliesst das Moment der zeitlichen Gegenwart das der örtlichen wiederum bis zu einem gewissen Grade in sich und wird sogar in den meisten konkreten Fällen ein Zusammentreffen beider Momente vorhanden sein; allein dieser Umstand ist kein Grund zu einer Generalisierung. Wir erinnern an die Verteidigung aus weiter Entfernung mittels Schusswaffe. Also nicht die Örtlichkeit, sondern lediglich die Zeitlichkeit der Verletzungsgefahr ist für das Moment der Gegenwärtigkeit im Sinne der Notwehrlehre massgebend.

d) Nun bliebe uns noch übrig, Stellung zu nehmen zu der Frage nach der Rechtmässigkeit im Voraus getroffener Schutzmassregeln, als Verteidigungsmittel im Sinne der Notwehrlehre. Diese Frage wird lauten:

Charakterisieren sich die Wirkungen solcher Schutzvorrichtungen als Abwehr eines gegenwärtigen Angriffes?

Die gemeine Meinung hat diese Frage bejaht. Allein so selbstverständlich erscheint eine bejahende Antwort dieser Frage nicht; denn zur Zeit, wo ich die Vorsichtsmassregeln treffe, den Selbstschuss, die Fussangeln lege, die Grube ausgrabe u. s. w. ist der Angriff selbst noch kein gegenwärtiger, kein unmittelbar bevor-

---

[1]) Binding, Hdb., S. 746.

[2]) Olshausen, Komm. z. Strafgesb., S. 226, 9 b.

stehender, sondern ein erst in der Zukunft liegendes ungewisses Ereignis. Meine Tätigkeit trägt also eigentlich jetzt schon das Gepräge der Verteidigung gegenüber einem in der Zukunft möglichen, drohenden Angriff, und dies widerspricht dem Notwehrprinzip, wie wir erfahren, doch in jeder Hinsicht. Allein die gemeine Meinung setzt sich mit Recht ohne weiteres über die Bedeutung der vorausgehenden Tätigkeit des künftig Bedrohten hinweg, indem sie gleich den kritischen Moment des erfolgenden Angriffes als für die Beantwortung unserer Frage massgebend ins Auge fasst.

Sobald der Selbstschuss gelegt ist, ist die Tätigkeit des Bedrohten vorüber, seine Haltung zur ferneren Entwickelung der Dinge eine passive. An seine Stelle tritt der in der Schutzvorrichtung angehäufte Explosivstoff, der als latente Kraft durch den Angriff ausgelöst, in Verteidigungsfunktion übergeht. Die Verteidigung tritt hier zweifellos einem gegenwärtigen Angriffe gegenüber; sie muss, soferne die Schutzvorrichtung richtig angebracht, in die Angriffszeit fallen. Selbstverständlich muss die Vorrichtung so eingerichtet sein, dass sie erst in der Zeit, d. h. überhaupt erst im Falle eines beginnenden Angriffes ihre Wirksamkeit entfaltet, dass sie nicht vorzeitig, d. h. gegenüber noch nicht zum Angriff schreitenden Personen, oder am unrichtigen Orte angebracht, gegenüber Unschuldigen, einen Angriff gar nicht beabsichtigenden Personen, tätig wird; in solchem Falle würde natürlich der Veranstalter der betreffenden Massregeln bei eintretenden Verletzungen je nach den Umständen als vorsätzlicher (mit dolus eventualis handelnder) oder als fahrlässiger Täter verantwortlich werden.[1]) Die Abwehrmassregeln müssen so getroffen sein, dass sie nur gegen den Angreifer, und nicht etwa auch gegen Dritte wirken. Das Gesetz erklärt in § 53 Abs. 3 zwar die exzedierende Verteidigungshandlung unter bestimmter Voraussetzung für straflos, also auch insofern, als sie dritte Personen verletzt. Allein das Gesetz hat hier nur die in Notwehrlage versetzte, rasch und überlegungslos handelnde Person im Auge, deren Not und Aufregung eben die Verletzung dritter entschuldigt. Der die Schutzmassregel Anbringende aber wird, da er in ruhiger Überlegung zu handeln imstande ist, jene so vorsichtig einrichten können, dass nur der wirkliche Angreifer durch sie verletzt wird.

---

[1]) Olshausen, a. a. O., zu § 53 Anm. 12c.
Oppenhoff, a. a. O., zu § 53 Anm. 5.
Hälschner, a. a. O., S. 477 Anm. 1.

Unter Beobachtung aller dieser Voraussetzungen ist es sonach jedem, der eine Gefährdung seiner Rechtsgüter vermutet — gegen bestimmte in Aussicht stehende wie gegen unbestimmte Gefahren — unbenommen, Vorkehrungen dafür zu treffen, dass der Angriff in dem Augenblicke, wo er sich realisiert, gleichzeitig auch zurückgeschlagen werden kann. Freilich ist schon in der vorbereitenden Tätigkeit des die Schutzvorrichtung anbringenden eine Verteidigungshandlung zu erblicken; allein der Angriff braucht ein gegenwärtiger natürlich nur in dem Momente zu sein, wo sich diese eigenmächtige Verteidigungshandlung verwirklicht, nicht etwa auch schon zu der Zeit, wo diese nur verbreitet wird.[1]) Der die Abwehr vorbereitende handelt durch seine selbsttätige Schutzvorrichtung — vorausgesetzt, dass diese allen Anforderungen einer gerechten und praktischen Verteidigungsweise entspricht, — in rechter Notwehr. Erst der Beginn des Angriffes setzt die Verteidigungsmassregeln in Aktion. Eines ist jedoch sehr zu beachten: das Moment des erforderlichen Abwehrmasses. Die Bedeutung der Vorbereitungshandlung unterscheidet sich sehr wesentlich von der Verteidigungshandlung beim Vergleiche des Notwehraktes in gewöhnlichen Fällen und des bei der Schutzvorrichtung erfolgenden. Ob ich das Selbstgeschoss lade und zur rechtzeitigen Explosion herrichte, oder ob ich meine Flinte lade und den Hahn spanne, ist bezüglich der Vorbereitungshandlung genau das gleiche. Hier drücke ich selbst ab, dort wird die Selbstzündung durch den Angriff hervorgerufen. Wesentlich verschieden aber werden sich in beiden Fällen die Verteidigungshandlungen entfalten. Dem erforderlichen Masse der Verteidigung gerecht zu werden, wird mir eher möglich sein, wenn ich persönlich dem Angreifer gegenüber stehe, als wenn ich durch die in Wirksamkeit getretene Schutzmassregel tätig werde. Leicht werden Schutzmassregeln gegenüber dem Angreifer intensiver wirken, als erforderlich ist zur Abwehr des Angriffes, sodass strafbarer Exzess vorliegt. Es ist daher bei Veranstaltung solcher Abwehrmittel äusserste Vorsicht geboten.[2])

---

[1]) S. Titze, a. a. O., S. 81; Binding, Hdb. S. 748; Frank, a. a. O. S. 93. II.

[2]) S. die ausführliche Behandlung dieser Frage bei Sommerladi. Ger. Saal, 39 S. 359 ff.; Frank, a. a. O., S. 93; H. Meyer, a a. O., S. 332.

§ 5. Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffes.

I. Die Notwendigkeit des Begriffes der objektiven Rechtswidrigkeit.

Ein weiteres für die Notwehrhandlung notwendiges Essentiale des Angriffes ist die Rechtswidrigkeit desselben. Man hat mehrfach den Versuch gemacht, den Begriff der Rechtswidrigkeit in bestimmtem Sinne schon in den römischen Quellen nachzuweisen, weil man glaubte, dort alle Zweifel und Kontroversen bezüglich dieses Begriffes gehoben und gelöst zu finden; allein es blieb stets beim Versuche; ein positives Resultat war nicht zu erzielen. Denn es ist dargetan, dass die römischen Juristen den Allgemeinbegriff „Rechtswidrigkeit" nicht als einen fest bestimmten wissenschaftlich verwerteten[1]), wie überhaupt das römische Strafrecht in seiner Gesamtheit wissenschaftlicher Behandlung nie unterlegen hat.[2]) Wenn Rensing[3]) den Digestensatz: „omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur", dahin interpretiert, dass nach römischem Rechte alle Handlungen widerrechtlich seien, zu denen der Handelnde nicht durch ein subjektives Recht ermächtigt sei, so kommt er damit zwar der richtigen Auffassung des Rechtswidrigkeitsbegriffes, wie er auch für uns erforderlich ist, nahe, allein wir müssen ihm mit Pernice (a. a. S. 20) entgegenhalten, dass man sich wohl schwerlich darum gekümmert hat, ob das in dem Ausdrucke „iniuria" steckende „ius" die Rechtsordnung oder die Befugnis bezeichnet.

Auch in der Literatur des gemeinen Rechtes finden wir den Begriff der Rechtswidrigkeit kaum behandelt, höchstens im Zusammenhange mit den neueren lediglich vom Strafrecht ausgehenden Theorien.

Was bedeutet nun für uns das Wort rechtswidrig? Wenn wir den Begriff zerlegen, bedeutet er: dem Rechte zuwider, dem Rechte entgegen. Wer dem Rechte zuwider handelt, ihm entgegentritt, der greift es an, dessen Angriff hat zum Ziele das Recht, richtet sich gegen dasselbe. So ist also ein rechtswidriger Angriff ein Angriff, der sich gegen ein Recht richtet. Auf diesem natürlichen Boden entwickeln wir unsere Betrachtungen.

---

[1]) Pernice, Labeo II. 1 S. 47.
[2]) Mommsen, röm. Strafrecht, S. 533.
[3]) Rensing, Widerrechtlichkeit, S. 12.

„Rechtswidrig", sagt Binding[1]) richtig, „ist der Angriff insofern, als sein Ziel die rechtlich geschützte Existenz ist." Rechtswidrig ist mit anderen Worten der Angriff, den derjenige, gegen den er sich richtet, nicht über sich ergehen zu lassen braucht, den er zu dulden von Rechtswegen nicht verpflichtet ist, der Angriff, zu welchem dem Angreifer jedwede Rechtsbefugnis, jegliche Berechtigung fehlt. Dies ist die nächstliegende und allein gerechte, allein praktische Auslegung.[2])

Verstehen wir also unter dem rechtswidrigen Angriff den subjektiv nicht berechtigten, so bekennen wir uns damit zur objektiven Theorie. Von einer Rechtswidrigkeit des Angriffes kann daher nie die Rede sein, sofern dieser beruht auf besonderer Befugnis des Angreifers kraft väterlicher, Vormunds-Gewalt, ferner in erlaubter Selbsthilfe, in rechter Notwehr.

So handelt auch die Polizei nicht rechtswidrig, wenn sie z. B. zur Vornahme einer Haussuchung unter den gesetzlichen Voraussetzungen in ein fremdes Haus eindringt, oder eine Verhaftung vornimmt. Sie verstösst zwar in diesem Falle wider das Recht des Einzelnen, das Recht der freien Bewegung, allein dazu ist sie vom Gesetze aus berechtigt, der Angegriffene gesetzlich verpflichtet, den Angriff zu dulden. Es kann aber auch der Zweck des Angriffes ein rechtmässiger bleiben, während doch der Angriff selbst rechtswidrig ist; so beim Gläubiger, der seinen Schuldner mit dem Prügel anfällt, damit dieser ihm die fällige Schuld zahle.[3])

Die objektive Theorie stellt sich, wie dies dem Zwecke und der Natur des Notwehrrechtes entspricht, auf den Standpunkt des Angegriffenen, im Gegensatz zur subjektiven Theorie, die den Standpunkt des Angreifers massgebend sein lässt und so, wie wir sehen werden, zu den bedenklichsten, unbilligsten Resultaten führen muss.

Ein rechtswidriger Angriff ist ein seitens des Angreifers nicht berechtigter Angriff.[4]) Niemals dürfen wir den Begriff „rechts-

---

[1]) Binding, Hdb., S. 738.

[2]) Rubo, Komm. z. Strafgesb. zu § 53, 5, sieht im rechtswidrigen Angriff denjenigen, durch den der Angreifer seinen Befugnissen zuwiderhandelt. Diese Charakterisierung trifft nicht zu. Schollmeyer, a. a. O., S. 9: Nicht schon dann liegt ein rechtswidriger Angriff vor, wenn er gegen ein Recht des Angegriffenen sich richtet, sondern erst dann, wenn der Angreifer kein Recht zur fraglichen Handlung hat.

[3]) S. Alberti, a. a. O., S. 37; Schollmeyer, a. a. O., S. 9.

[4]) Oetker, „Über Notwehr und Notstand" 1903, S. 23, Abs. 5; Binding, Hdb. I. S. 738.

widrig“ im Sinne der Notwehrlehre mit dem Begriffe „verboten“ oder „normwidrig“ identifizieren. Alle vom Gesetze verbotenen, mit Strafe bedrohten Handlungen sind zweifellos rechtswidrig. Wer gegen die Norm, gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, begeht eine rechtswidrige strafbare Handlung. Allein eine „rechtswidrige“ Handlung muss nicht notwendig eine normwidrige sein. Wollten wir dem Begriff der Rechtswidrigkeit die Bedeutung der Normwidrigkeit beimessen, so würden wir hiemit in den kardinalen Fehler verfallen, dem Angriffe Deliktsqualität beizulegen, in ihm statt lediglich eines faktischen[1]) ein rein juristisches Moment zu erkennen, die Basis des Notwehrrechtes zu verrücken.[2])

Für den Angegriffenen kommt es lediglich darauf an, dass er zu Unrecht angegriffen wurde und nicht darauf, dass der Angreifer mit seinem Angriff ein Verbrechen begeht. Die Not, die Gefahr, als die Wirkung des Angriffes, ist es, gegen welche das Recht der Notwehr verliehen ist; nicht ist es gegeben als Reaktion gegen ein Verbrechen. Wie diese Gefahr nun hervorgerufen wurde, unter welchen Umständen und von wem, ist für den Gefährdeten ganz nebensächlich; sie besteht und ihr Zustand wird durch Anstellung von Betrachtungen über Art und Subjekt ihr Verursachung in keiner Weise gemildert oder beseitigt. Deshalb kann unter dem Angriff als einem rechtswidrigen im Sinne der Notwehrlehre nur ein solcher verstanden werden, der ohne subjektives Recht erfolgt.[3])

Darnach ist es völlig gleichgiltig, ob der Angriff ausgeht, von einem Deliktsfähigen oder Deliktsunfähigen, von einem Zurechnungsfähigen oder Wahnsinnigen, von einem in unvermeidlichem Irrtum versierenden oder von einem Betrunkenen, ob er ausgeht von einem Menschen oder von einem Tiere.

Die Auffassung, wie sie die Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit beherrscht, setzt beim Angreifer das Bewusstsein seines rechtswidrigen Tuns voraus, beschränkt also Notwehr auf Angriffe, die von einem zurechnungsfähigen Menschen ausgehen, als einem gegen Gesetze reaktionsfähigen Wesen. Sie beruht vor allem auf Konfundierung von Selbstverteidigung und Strafe, indem sie jener

---

[1]) Levita, a. a. O., S. 172 u. 185.

[2]) Binding, Hdb., S. 738.

[3]) Oetker, a. a. O., S. 23; v. Weinrich, Allgem. Literaturbl., 8. Jahrg. S. 312, in Beschränkung auf Menschen: Merkel, Lehrb., S. 34 u. 35 und Titze, a. a. O., S. 23, 82.

den Charakter der letzteren beilegt.[1]) So gelangt sie eben notwendig zu dem Resultate, dass das Schuldmoment den Ausschlag gebe, indem sie das Essentiale für die Rechtswidrigkeit des Angriffes in der Zurechnungsfähigkeit des Angreifers erblickt; denn die Strafe setzt solche als unentbehrliche Schuldbedingung voraus. Allein, Notwehr und Strafe, welche fundamentale Verschiedenheit!

Die Strafe als Sühne der verletzten Rechtsordnung hat stets Repressiv-Charakter; die Notwehr will eine Verletzung verhüten durch Abwehr subjektiv nicht berechtigten Angriffes. Die Verhängung der Strafe, das Recht, Verbrechen zu sühnen, steht ausschliesslich dem Staate, das Recht, Notwehr zu üben, die Integrität der eigenen Interessen vor fremder unberechtigter Antastung zu wahren, jedem Einzelnen zu.

Durch die Notwehr soll nicht das Verbrechen als solches abgehalten, geschweige denn gesühnt werden. Die Notwehr ist nicht „bestimmungsgemäss Hinderung von Delikten und die Notwehrverletzungen bedeuten keine Nachteile, die den Delinquenten als solchen treffen sollen — sie haben gar nichts strafartiges an sich — sondern sie stellen den Preis dar, den die Rechtsordnung notgedrungen für ihre Erhaltung zu zahlen hat.“[2])

Die subjektive Theorie, die das Recht der Notwehr aus der Schuld des Angreifers herleitet, führt zu den vernunftwidrigsten Konsequenzen und ist geeignet, das Recht der Notwehr nicht nur problematisch zu machen, sondern geradezu aufzuheben. Notwehr gegen den Wahnsinnigen und den in unüberwindlichem Irrtum versierenden schliesst diese Lehre aus, und gibt dem Angegriffenen nur Notstandsrecht; ebenso begründet der Tierangriff für sie lediglich Notstand.

a) Wie steht es mit der Verteidigung gegenüber Angriffen Unzurechnungsfähiger?[3])

Zunächst vertiefe man sich einmal in die Situation, in der sich ein auf einem Spaziergange Begriffener befindet, wenn plötzlich aus einem Versteck heraus ein Wegelagerer mit gezücktem Messer auf ihn losstürzt. Wir sind weit entfernt, zu glauben, dass der Ange-

---

[1]) Levita. a. a. O., S. 186.

[2]) Binding, Hdb., S. 739.

[3]) Die Motive, I., 352, sagen: „Die Frage, ob die Vorschrift des § 228 B.G.B. auch auf Gefährdung durch eine ohne Willen tätig werdende Person Anwendung zu finden hat, bleibt der Entscheidung durch die Wissenschaft und Praxis überlassen.“ Siehe hiezu Liszt Del. Obl. S. 88.

griffene sich im ersten Schreck rasch noch überlegt bezw. zu überlegen fähig ist, ob er es hier etwa mit einem Tobsüchtigen zu tun habe oder nicht, da er sich eventuell ja mit seiner Verteidigung darnach einrichten müsse. Es wäre doch eine geradezu widersinnige Zumutung, wollte man vom Angegriffenen verlangen, dass er im Drange der Gefahr noch erst Reflexionen über den Geisteszustand seines Angreifers anstelle, zu dessen Klärung der geschickteste Psychiater Wochen und Monate braucht, um zu einem positiven Resultate zu gelangen.[1]) Die subjektive Theorie stellt diese Forderung an den Angegriffenen und gibt ihn dadurch machtlos der Willkür des Verbrechers preis. An die Berechtigung einer solchen Auffassung kann im Ernste nie gedacht werden. Der Angriff wird dadurch, dass er von einem Wahnsinnigen ausgeht, nicht zu einem berechtigten; er greift in die fremde Rechtssphäre nicht minder verletzend ein wie ein Zurechnungsfähiger. Oder wiegt die Not geringer, weil der Angreifer tobsüchtig? Warum sollte ich, wenn ich weiss, dass ich einen solchen vor mir habe, diesen zärtlicher und rücksichtsvoller als den Zurechnungsfähigen behandeln? Sollte man mir wirklich zumuten, mit meiner Verteidigung solange hintanzuhalten, bis der Tobsüchtige angefangen hat, seine Wut an mir zu befriedigen, damit ich einen Massstab dafür gewinne, wie ich (gemäss § 228) meine Verteidigung einzurichten habe? Der Angegriffene, stellt man auf, habe als der Klügere nachzugeben;[2]) sonach bliebe mir also nichts anderes übrig, als mich willig in meine traurige Lage zu fügen und die Prügel des Tobsüchtigen ruhig aufzunehmen oder aber unter Spott und Hohngelächter der Spektanten das Hasenpanier zu ergreifen.

Mit Recht wendet sich v. Buri[3]) gegen die Aufstellungen Jankas, dass die Rechtswidrigkeit des Angriffes ohne subjektive Verschuldung unmöglich sei, indem er darauf hinweist, dass es prima facie für den Angegriffenen doch einerlei sei, von wem der Angriff ausginge; jener müsse die gleiche Befugnis haben, sei es, dass der Angriff von einem Zurechnungsfähigen oder Unzurechnungsfähigen drohe. Auch das Reichsgericht[4]) vertritt diese Auffassung, indem es ausführt: „der nämliche Angriff kann zugleich nicht rechtswidrig sein für den, von dem er ausgeht und rechtswidrig für den, gegen

[1]) Levita. a. a. O., S. 186; Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts.
[2]) Schollmeyer, a. a. O., S. 21.
[3]) Gerichtssaal 1878, S. 471 ff.
[4]) R. Entsch. in Strafsachen, Bd. 27, 44

den er gerichtet ist. Der Täter, der zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustand von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, durch den seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird, ist zu einer Handlung im strafrechtlichen Sinne nicht fähig (§ 51 St.G.B.) und der von ihm vorgenommene Angriff hat für ihn nichts rechtswidriges. Eine Rechtsverletzung fällt auch demjenigen nicht zur Last, der angreift, weil er sich hiezu aus einem unvermeidlichen Irrtum für befugt hält. (§ 59 St.G.B.) Der durch den Angriff eines Unzurechnungsfähigen oder eines im Irrtum befindlichen Gefährdete hat aber nicht die Rechtspflicht, sich eine Beeinträchtigung seiner rechtlich anerkannten Interessen gefallen zu lassen und deshalb ist der gegen solche Interessen gerichtete Angriff für den Angegriffenen ein rechtswidriger. Wäre die Notwehr davon abhängig, dass der Angriff dem Angreifer zur Schuld anzurechnen ist, so würde der Angegriffene nur dann zur Verteidigung übergehen dürfen, wenn er vorher ermittelt hätte, dass der Angreifer nicht in einem Zustand von Geistesstörung und nicht infolge eines unvermeidbaren Irrtums handle. Eine solche Ermittelung ist regelmässig unmöglich, wenn nicht der meist durch die Raschheit der Ausführung bedingte Erfolg der Verteidigung vereitelt werden soll. Wäre die Verschuldung des Angreifers entscheidend, so müsste folgerichtig auch das Mass der Schuld für die Abwehr von Bedeutung sein. Von alledem ist jedoch im § 53 St.G.B. nicht die Rede. In § 53/2 St.G.B. wird lediglich ein Angriff vorausgesetzt, der widerrechtlich ist, weil das Recht einen solchen Eingriff in fremde Interessen nicht erlaubt, und es wird lediglich nach der objektiven Beschaffenheit des Angriffes der Umfang der Verteidigungsmittel bemessen. Der Angegriffene ist befugt, ein Übel, das ihm droht und das er zu erdulden rechtlich nicht verpflichtet ist, von sich abzuwenden, ohne dass es darauf ankommt, ob der Angriff von einem Zurechnungsfähigen oder einem Unzurechnungsfähigen oder von einem in unabwendbarem Irrtum Handelnden ausgeht."

Stellen wir uns nun einmal auf den Standpunkt, dass die Angriffe Unzurechnungsfähiger lediglich Notstand begründen, so tritt die Bedenklichkeit dieser Theorie an verschiedenen Enden klar zu Tage. Notstand ist nach § 54 St.G.B. die gegenwärtige nur durch ein Delikt abwendbare Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen. Von einer Gefahr für das Vermögen oder die Verletzung der Ehre spricht § 54 nicht, Die Folge ist, dass gegen

Angriffe Unzurechnungsfähiger auf das Vermögen, auf die Ehre sowie auf alle übrigen rechtlich geschützten Interessen, die nicht Leib oder Leben bedeuten, ein Verteidigungsrecht überhaupt nicht existiert. Ich muss es also ruhig mit ansehen, wie der Wahnsinnige soeben meine goldene Uhr entwendet, sie auf den Boden wirft und im Begriffe steht, sie mit den Füssen zu zertreten. Ich darf den Geisteskranken, der mich vor öffentlicher Versammlung einen Meineidigen schimpft, nicht daran hindern, weitere Injurien folgen zu lassen.

Doch damit sind wir mit den durchaus unhaltbaren Konsequenzen der Notstandstheorie keineswegs am Ende. Es kommt hinzu, dass gegen die Angriffe Unzurechnungsfähiger den Angegriffenen nur ein Angehöriger verteidigen darf, nicht jeder dritte, oder um den Ausdruck der Notwehrdefinition zu gebrauchen, ein Anderer. Dieses Ergebnis verletzt nun im tiefsten das natürliche Rechtsgefühl. Ich muss — gebunden an Händen und Füssen — mit ansehen, wie ein Geistesgestörter soeben meinen besten Freund und Wohltäter, dem ich mein Leben zu verdanken habe, zu erdolchen im Begriffe steht. Ein solches Ergebnis schliesst die oben zitierte reichsgerichtliche Entscheidung — „würde nur dann hingenommen werden können, wenn es, was, wie dargelegt, keineswegs der Fall, als Wille des Gesetzgebers einen Ausdruck gefunden hätte, der eine andere Auffassung ausschlösse."

Schollmeyer,[1]) der ebenfalls den Standpunkt der subjektiven Theorie vertritt, will Notwehr gegen Angriffe Unzurechnungsfähiger deshalb nicht zugelassen wissen, 1. weil gegen Tiere nur Notstandshandlungen zulässig seien, der Unzurechnungsfähige nicht schlechter behandelt werden dürfe wie ein Tier; 2. weil es zur Begründung der Notwehr erforderlich sei, dass der Angreifer durch positive Handlungen, d. h. durch Willensbetätigungen gegen die Rechtsordnung verstosse.

Was den ersten Einwand betrifft, so erscheint es angemessen, ihn erst gelegentlich der Erörterung des Tierangriffes des näheren zu würdigen. Der zweite Einwand findet hier kurze Entgegnung, indem wir einfach hinweisen auf die von uns eingangs dieses Paragraphen vertretene Auffassung des Begriffes der Rechtswidrigkeit. Es kommt lediglich darauf an: Hat der durch den Angriff eines Unzurechnungsfähigen oder im Irrtum befindlichen Gefährdete die

[1]) Schollmeyer, a. a. O., S. 19, 20.

Rechtspflicht, sich eine Beeinträchtigung seiner rechtlich anerkannten Interessen gefallen zu lassen oder nicht; im letzteren Falle ist der gegen solche Interessen gerichtete Angriff für den Angegriffenen ein rechtswidriger. Die Auffassung, dass der Angriff nur von einem gegen Gesetzesbefehle reaktionsfähigen Wesen ausgehen könne, um Notwehrrecht zu erzeugen, resultiert aus einer völligen Verkennung des Notwehrzweckes, indem sie fälschlich den Standpunkt des Angreifers statt den des Angegriffenen massgebend sein lässt. Für diesen ist es aber völlig gleichgültig, ob der ihn gefährdende Angriff mit oder ohne Wissen und Willen des Täters unternommen wird; denn sein Rechtsgut ist darum nicht minder gefährdet, dass es einer angreift, dem der Angriff nicht zur Schuld anzurechnen ist. Es kann also nie darauf ankommen, ob der Angriff ein normwidriges Verhalten des Angreifers ergibt; „entscheidend", sagt Oetker[1]) mit Recht, „ist, was Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft bei Bemessung des Verteidigungsrechtes unter „rechtswidrigem Angriff" verstehen und verstehen müssen, sollen nicht die Rechtsgüter in der Stunde der Gefahr des genügenden Schutzes ermangeln."

„Die Quelle des Notwehrrechtes bildet nicht sowohl der Angriff als das Zu-Unrecht-Angegriffen-sein."[2])

„Gerade daraus", betont Binding[3]) richtig, „dass man ganz ungehörig den für die Notwehr allein wichtigen Standpunkt des Angegriffenen zu Gunsten des Angreifers ignoriert, resultieren zum grossen Teile die vielen noch in der Notwehrlehre bestehenden Unsicherheiten."

Schollmeyer[4]) geht mit seiner Aufstellung nun insoweit richtig, als er es für angemessen erachtet, den Unzurechnungsfähigen in der Notwehrfrage dem Tiere gleichzustellen. Wir pflichten dieser Ansicht bei.

Aber es ist eben auch gegen Tiere Notwehr zu geben. Schollmeyer will Angriffe Unzurechnungsfähiger analog § 228, 392 unterstellen, wie diese Bestimmung tierischen Angriff zweifellos mitumfasst. Allein es dürfte doch äusserst fraglich erscheinen, ob es im Sinne der Gesetzgebung gelegen, dass der Unzurechnungsfähige bezüglich der Notwehrfrage ausschliesslich unter die Vorschriften

---

[1]) Oetker, a. a. O., S. 24.
[2]) Binding, Hdb. S. 735.
[3]) Binding, Hdb. S. 735 II. 1. Fussn. 17.
[4]) Schollmeyer, a. a. O., S. 21.

des Bürgerlichen Gesetzbuches falle; man erklärt damit den Notstandsparagraphen des Strafgesetzbuches für unbrauchbar und hinfällig. Und vor allem lässt die Fassung des § 228 B.G.B. eine solche Anwendung als überaus bedenklich erscheinen. Wir befinden uns doch wohl in einer Zeit, in der es nimmermehr angängig ist, den Unzurechnungsfähigen dem Sklaven, der fremden Sache gleich zu stellen. Andrerseits aber würde die übertriebene Schonung und Rücksichtnahme bezüglich des Unzurechnungsfähigen — man denke an das äusserst bedenkliche Erfordernis der Beobachtung der Proportionalität — zu einer ernsten Gefahr für die ruhige Ausübung der persönlichen Rechte und die Freiheit der Bewegung, ganz abgesehen davon, dass die gegnerische Meinung in den meisten Fällen infolge der Unkenntnis von der Unzurechnungsfähigkeit auf Seiten des Angegriffenen von höchst problematischer praktischer Bedeutung wäre.

Der Angriff seitens des Unzurechnungsfähigen ist ebenso rechtswidrig für den Angegriffenen wie der seitens des Zurechnungsfähigen. Wäre er seitens des Unzurechnungsfähigen nicht rechtswidrig, so müsste er eben rechtmässig sein, ein Mittelding gibt es nicht. Dass er aber, weil vom Unzurechnungsfähigen ausgehend, rechtmässig ist, wird im Ernste niemand zu behaupten wagen.

Mit Recht sagt Endemann: Auch gegen den Verantwortungsunfähigen greift Notwehr durch; denn sie nimmt Grund und Rechtfertigung aus der eigenen Notlage des Angegriffenen, dessen Leben nicht weniger dadurch gefährdet wird, dass der Angreifer geisteskrank, oder ein betrunkener Raufbold ist. Niemals wird ernstlich das gemeine Rechtsgefühl dadurch verletzt, dass dieser beim Angriffe sein Ende findet; dass jener erliegt, ist als zufälliges Missgeschick zweifellos zu beklagen, allein vielleicht in seinem Interesse ein Glück zu nennen.[1])

---

[1]) Über die Kontroverse vergl. einerseits **(für Notwehr):** Levita, a. a. O. S. 185, 186. — Seeger, Abhandl. I. 401. — v. Buri, Gerichtssaal 1879, S. 471 f. — Rubo, Kommentar, S. 480. — Binding, Hdb., S. 738. — v. Liszt, § 34 S. 128. — Rüdorff, Kommentar z. St.G.B, Note 10, z. § 53. — Reichsgericht, Entsch. in Strafsachen, Bd. XXVII, S. 44. — Titze, Notstandsrechte, S. 83. — Oetker, a. a. O., S. 23, 24. — Tobler, a. a. O., S. 62 f. — Wessely, Befugnisse d. Notst. u. der Notw., Prag 1862 (durch falsche Argumentation); andererseits **(für Notstand):** Hälschner, System I, S. 263 ff. — Meyer, a. a. O., S. 299, 300. — Schwarze, a. a. O., S. 228. Oppenhoff, § 53, Anm. 6. — Janka, der strafrechtl. Notst. 1878, S. 33 ff. — Schollmeyer, a. a. O., S. 21. Vereinzelt steht die Meinung v. Wächters da, der **(erlaubte Selbsthilfe),** also weder Notw. noch Notst. zugelassen wissen

b) Mit der soeben erörterten Kontroverse hängt aufs engste zusammen die ebenfalls viel umstrittene Frage, ob der von einem Tiere ausgehende Angriff Notwehr oder Notstand begründe. Die Entscheidung liegt in der Frage:

Ist der Tierangriff ein rechtswidriger?

Wir haben oben bereits betont, dass wir, um den Begriff „rechtswidrig" richtig erfassen zu können, uns auf die Seite des Angegriffenen stellen müssen. Jeder Angriff, den ich von Rechtswegen zu dulden nicht verpflichtet bin, ist für mich rechtswidrig, er mag seitens des Angriffssubjektes gewollt oder nicht gewollt, er mag die Folge eines unglücklichen Zufalls oder eines böswilligen Vorsatzes sein. Wir haben hervorgehoben, dass es dem innersten Kern des Notwehrprinzipes widersprechend wäre, wollte man aufstellen, ein rechtswidriger Angriff könne nur von einem Rechtssubjekte, oder nur von einem gegen Gesetzesbefehle reaktionsfähigen Menschen ausgehen. Der Begriff „Norm" wird bei unserer Deutung des Moments „rechtswidrig" auch nicht im entferntesten berührt, gerade so wenig wie die äusserst strittige Frage des objektiven Unrechts.[1]) „Rechtswidrig" heisst „subjektiv nicht berechtigt" und hinsichtlich dieser allein praktischen und gerechten Interpretation darf und kann es auf die Beschaffenheit des Angreifers nimmermehr ankommen. A. A. Freilich die Mot. z. B.G.B.: „Ein rechtswidriger Angriff kann nach der in der Strafrechtswissenschaft herrschenden Meinung lediglich von einer Person ausgehen. Nur vereinzelte Stimmen haben sich dafür erhoben, dass Notwehr gegenüber andrängenden, nicht als Mittel zum Angriff benützten, Tieren begründet sei."

Wir müssen nun, wie schon aus dem Wortlaut der zitierten Motivenstelle erhellt, unterscheiden zwischen dem selbständigen und dem unselbständigen tierischen Angriffe.

a) Der selbständige tierische Angriff liegt vor, wenn das Tier aus eigener Initiative, auf eigne Faust mich angreift.[2]) Gegen diesen Angriff befinde ich mich nach der subjektiven Theorie im Notstande. Zu welch unerträglichen Konsequenzen diese Annahme führt, tritt besonders scharf zu Tage, wenn wir uns den § 54 des St.G.B. vor

---

will. (Hdb. d. sächs. Strafr., S. 314 Anm. 3.) Unter den Zivilisten sind (für Notwehr) hauptsächlich zu nennen: Cosack, Bürg. Recht I., S. 275 und Endemann, a. a. O, S. 433, Anm. 4.

[1]) Oetker, S. 23, 24, a. a. O.

[2]) Binding, Hdb. 736.

Augen halten. Darnach muss ich es ruhig mit ansehen, wie ein mir fremdes, hilfloses Kind von einem bissigen Hunde angefallen wird. Ich darf es nicht schützen, weil ich nach § 54 St.G.B. nur mich selbst oder Angehörige zu schützen berechtigt bin. Und weil die Verteidigungshandlung nur zulässig ist, wenn Gefahr für Leib oder Leben des Berechtigten usw. besteht, so darf ich die Katze nicht dabei stören, wie sie eben in meine Volière einbricht und meine wertvollsten Singvögel totzubeissen sucht. Wenden wir nun den privatrechtlichen Notstandsbegriff des § 228 B.G.B. an, so sind die Konsequenzen, welche diese Fassung zulässt, nicht viel bedenkenfreier als die aus der Fassung des strafrechtlichen Notstandsbegriffes sich ergebenden. Der § 228 B.G.B. lässt die Verletzung des fremden angreifenden Tieres — als einer fremden gefahrdrohenden Sache — in Selbstverteidigung und Nothülfe zu, unter der Voraussetzung, dass der Schaden nicht ausser Verhältnis zur Gefahr steht. „Er hat dadurch insoweit die Notstandstheorie für den Tierangriff praktisch unschädlich gemacht. Aber auch nur insoweit.“[1])

Um mein Eigentum gegen den angreifenden Menschen zu schützen, bin ich nicht gebunden an die Beobachtung der Proportionalität. Habe ich zu befürchten, dass mir der einbrechende Dieb meinen bereitstehenden Mittagbraten entwenden will, so darf ich ihn auf Grund des mir zustehenden Notwehrrechtes ohne weiteres straflos niederschiessen. Verhältnismässigkeit ist hier nicht erforderlich. Sie würde es bei Notstandsannahme im Falle der Eigentumsverteidigung gegen angreifende fremde Tiere.

Wollte mir an Stelle des Diebes ein wertvoller Jagdhund meinen Braten rauben, so hätte ich nur das Recht, ärgerlich, aber ruhig zuzusehen, wie dieser mit dem Braten davonläuft.[2])

Und wie schützt man sich gegen den Angriff eines jagdbaren, also nicht fremden Tieres? § 228 B.G.B. ist ausgeschlossen; so bliebe das Recht, sich lediglich im Umfange des § 54 St.G.B. zu verteidigen, der ausschliesst den Schutz der eigenen Sachgüter sowie Leib und Leben Nicht-Angehöriger; „die Strafe des § 292 St.G.B., sagt Oetker, wäre verwirkt, wenn nicht gerade der Täter am Orte der Tat das Jagdrecht gehabt hätte.“[3])

---

[1]) Oetker, a. a. O., S. 24, siehe auch Anm. 3.

[2]) v. Liszt, Del.-Obl. S. 87.

[3]) Oetker, S. 24, 25, a. a. O., s. auch S. 25, Fussnote 1. Binding, Hdb. S. 736 u. Grdriss. § 75 u. I. 9.

Eine weitere harte Bedingung wäre bei Notstandsannahme gegenüber Tierangriffen mit der Prüfung und Überlegung der Frage gesetzt: Ist die Verletzung zur Abwendung der Gefahr erforderlich?

Die Notstandsverletzung ist nur dann nicht widerrechtlich, wenn kein anderes Mittel, der Gefahr zu entgehen, zu Gebote gestanden. Ich müsste also vor dem kleinen bissigen Köter, der mich anfällt, zur Freude sämtlicher Beobachter das Hasenpanier ergreifen, weil ein Stockschlag zur Abwendung der Gefahr nicht erforderlich war, da ja das Mittel des Davonlaufens gegeben stand. Oder ich müsste solange mein Zimmer hüten, bis der vor meinem Tore liegende bissige Hund sich entfernte.

Die Motive[1]) zum B.G.B. stellen zwar auf: „Auch versteht es sich von selbst, dass, wenn jemand vor der Gefahr sich dadurch mit Erfolg zu schützen vermag, dass er der Sache, z. B. einem anstürmenden Tiere, aus dem Wege geht, dies letztere zu geschehen hat;" allein es ist ein Glück, dass dieser unbegreiflichen Beschränkung, auch nicht eine einzige Gesetzesstelle entspricht. Eine solche Forderung wäre ja auch ganz unerträglich.

Die Annahme blossen Notstandes bei Tierangriffen ist schlechthin abzulehnen.[2])

Völlig unverständlich aber ist es, wie man Tierangriffen gegenüber nur Notstandsverletzung, gegen Angriffe Unzurechnungsfähiger dagegen Notwehr gestattet wissen will. Auf diesem Standpunkte stehen u. a. auch v. Liszt, — obwohl er die Konsequenzen „dieser gesetzlichen Bestimmungen aller Vernunft hohnsprechend" nennt, — Merkel, Wessely und Titze.[3]) Entschieden verfehlt ist u. E. die Argumentation der drei letztgenannten. Sie erklären zunächst ganz richtig, Angriff, zu dessen Abwendung Notwehr gestattet sei, brauche kein schuldhafter, sondern nur ein objektiv rechtswidriger zu sein. Dies könne er aber nur sein, wenn er von einem rechtsfähigen Individuum ausgehe, was auch für den unzurechnungsfähigen Menschen zutreffe, nicht aber für Tiere u. s. w. Jene seien Rechtssubjekte, weshalb

---

[1]) Motive z. B.G.B. Allgem. Teil S. 350.

[2]) Die Möglichkeit einer Notw. gegen Tiere leugnet Berliner Otr. v. 6. April 1876 (O. XVII. 260 ff.) u. v. 19. Dez. 1877 (O. XVIII. 803 ff.) Notst. nimmt ersteres, Möglichkeit einer erlaubten Selbsthilfe letzteres Erkenntnis an.

Ganz unrichtig: Vigelius, Notw. gegen Tiere, Freib. Dissertation 1899, S. 39, der § 904 B.G.B. angewandt wissen will.

[3]) Merkel, Lehrb. d. deutsch. Strafr. 1889, S. 163; Wessely, S. 55, die Befugnisse des Notstandes u. der Notw. Prag 1862; Titze, a. a. O., S. 82.

auch bei ihnen von Recht und Rechtswidrigkeit die Rede sein könne, bei diesen dagegen könne von einem Kampfe zwischen Recht und Unrecht nie gesprochen werden. Wir haben bereits genügend darauf hingewiesen, dass eine so enge Verknüpfung der Rechtswidrigkeit des Angriffes mit der Rechtsfähigkeit des Angreifers verkehrt ist. Die Prämisse, dass der Angriff kein schuldhafter zu sein braucht, schliesst jede weitere Unterscheidung beim Angriffssubjekte[1]) aus; denn ihre nächste Konsequenz ergibt, dass es auf die Beschaffenheit des Angreifers nicht ankomme. Dem Tiere gelten freilich nicht die Verbote, es ist nicht Rechtssubjekt, nicht Träger von Rechten, allein niemand wird leugnen wollen, dass es sehr wohl Rechtsgüter verletzen, gefährden kann und darauf allein kommt es bei der Notwehr an. Wer zum Angriff keine positive Berechtigung hat, greift rechtswidrig an: diese fehlt dem Tiere ebenso wie dem Wahnsinnigen.

Es wird auch dem Gefährdeten völlig gleichgiltig sein, wer seinem Rechtsgute Verletzung droht; ihm genügt, dass sie ihm droht. Und wie kann man fordern, dass das Tier grössere Schonung zu erfahren habe als der Mensch? „Dem Gesetze darf doch nicht zugetraut werden, dass es die Verteidigung gegen einen Menschen uneingeschränkt gestatte, gegen einen Hund durch Verhältnismässigkeit von Schaden und Gefahr bedinge.“ (Oetker a. a. O. S. 12.)

Die Zulassung der Notwehr gegen Unzurechnungsfähige fordert mit Notwendigkeit auch solche gegen Tiere. Hier wie dort besteht der Wille zum Angriff, auf keiner Seite aber die subjektive Berechtigung zu demselben. Und warum sollte nun der bissige Hund rücksichtsvoller behandelt werden als der bedauernswerte Geisteskranke? Etwa, weil § 228 B.G.B., als von einer gefahrdrohenden Sache sprechend, dazu zwingt. Welche Ängstlichkeit vor einer freien praktischen Auslegung! Dass § 228 B.G.B. sich so ausdrückt, hindert doch nicht, den Tierangriff dem § 227 zu unterstellen, nachdem die Konsequenzen der Notstandsannahme ihre entschiedene Unmöglichkeit ergeben haben. — Jede gegenteilige Anschauung müsste sich den Vorwurf gefallen lassen, dass sie den Buchstaben des Gesetzes im vollsten Widerspruche mit dem Sinne desselben ausnütze, also der steifen Buchstabeninterpretation vor der logischen und einzig praktischen den Vorzug gebe. Schliesslich aber muss die kriminalistische Notwehrdoktrin allein entscheidend sein für die Frage, welcher Vorschrift der Tierangriff im bürgerlichen Rechte

[1]) Es handelt sich natürlich nur um Mensch oder Tier; leblose Sachen können nicht „angreifen“.

zu unterstellen sei, solange letzteres nicht eine entgegenstehende positive Bestimmung aufweisst. Der strafrechtliche Notwehrbegriff hat im § 227 II des B.G.B. wortgetreue Aufnahme gefunden, also ist auch seine Auffassung für § 227 II B.G.B. massgebend. Im § 53 II St.G.B. wird aber für den „rechtswidrigen Angriff" subjektive Rechtswidrigkeit nicht gefordert, folglich darf es auch hierauf für den „rechtswidrigen Angriff" des § 227 II B.G.B. nicht ankommen. Es kann nicht der Tierangriff dem strafrechtlichen Notwehrbegriff unterstellt, dem zivilrechtlichen entzogen sein.[1]) Zwar vermag ein späteres Zivilgesetz eine strafrechtliche Norm aufzuheben und zu begrenzen, für die Notwehrfrage beim Tierangriff jedoch trifft letzteres nicht zu. Die Annahme, dass im § 228 B.G.B. eine Modifikation des strafrechtlichen Notwehrbegriffs zu erblicken sei, ist angesichts der bereits hervorgehobenen kaum widerlegbaren Momente durchaus zu verwerfen. Wollte der Gesetzgeber bei der Normierung der zivilen Notrechte den Tierangriff dem Notwehrgebiete entziehen so musste er dies dadurch klar und verständlich zum Ausdrucke bringen, dass er bei der Formulierung des Notwehrbegriffs zur Ausübung dieses Rechtes ausdrücklich „einen lediglich von einem Menschen ausgehenden Angriff" forderte. Dass der Gesetzgeber bei der Normierung des zivilen Notstandsbegriffs den Tierangriff mit einbegriffen wissen wollte, darf ihm angesichts der unmöglichen Konsequenzen, die sich ergeben, im Ernste nie zugetraut werden. Es könnte ihn höchstens der Gedanke geleitet haben, in beiden Notrechtsparagraphen (§§ 227 u. 228 B.G.B.) die belebte und unbelebte Welt einander gegenüberzustellen. Dieser Gegensatz ist sehr naheliegend und seine Betonung in der Notwehrfrage für das Rechtsgefühl weit ansprechender als eine Gegenüberstellung von Rechtssubjekten und Rechsobjekten.[2]) Eine den strafrechtlichen Not-

[1]) S. Oetker, a. a. O., S. 8.

[2]) Tobler meint: Wer auf dem Standpunkt der objektiven Rechtswidrigkeit stehe, die Notwehr also nicht auf Verschulden zurückführe, müsse Notwehr, wie gegen Tiere, in gleicher Weise auch gegen leblose Sachen zulassen. Allein man wird doch nicht sagen wollen, dass das den Einsturz drohende Dach, im Begriffe steht, mich rechtswidrig anzugreifen; man wird nicht von Selbstverteidigung gegen den von einem Dache herabfallenden Ziegelstein reden können. Der Ausdruck „Selbstverteidigung gegen leblose Sachen ist sowohl der Volkssprache wie der Rechtssprache ungeläufig. v. Liszt (Beiträge V, 11) nennt es einen „durchaus unjuristischen Gedanken", sich eine leblose Sache als im rechtswidrigen Angriff befindlich vorzustellen, und die Selbstverteidigung gegen leblose Sachen mit Recht „einen gänzlich verunglückten Begriff".

wehrbegriff modifizierende einschränkende positive Vorschrift kann u. E. im § 228 B.G.B. keineswegs erkannt werden. Der § 227 II B.G.B. erfordert sonach die gleiche Auffassung wie der Notwehrbegriff des § 53 St.G.B.

β) Wir kommen nun zur Frage: Wie verhält es sich mit der Verteidigung gegenüber dem unselbständigen tierischen Angriff?

Ein unselbständiger tierischer Angriff liegt vor, wenn das Tier nicht aus eigener Initiative, sondern von fremder Seite gereizt, gehetzt angreifend vorgeht; z. B. B hetzt seinen Hund auf A.

Hier ist B selbst Angreifer durch das Medium des Hundes; B ist der eigentliche, intellektuelle Angreifer, sein Hund ist bloss das instrumentum sceleris, er wird als Angriffsmittel benützt, gerade wie der Stock, das Messer, die Pistole usw.[1]) Wir haben es lediglich mit einem von einem Menschen ausgehenden Angriff zu tun. A befindet sich also gegenüber B in Notwehr; diesen kann er straflos niederschiessen; nicht aber ist seine Verteidigung Notwehrakt gegenüber dem Hunde mit der Wirkung der Ersatzpflicht aus § 228 B.G.B. Die Tötung des Hundes ist lediglich eine Folge des Notwehraktes gegen den ihn als Mittel benützenden Angreifer und zieht auf Seiten des Angegriffenen A in keiner Weise Ersatzpflicht nach sich, gerade so wenig wie dies die seitens des Angegriffenen während der Verteidigung bewirkte Zertrümmerung eines dem Angreifer gehörigen Stockes tun würde.[2])

Zutreffend hingegen ist die Bemerkung von Tuhrs (d. Notstand i. Zivilrecht 1888, S. 58.): „Vom Standpunkt des Zivilrechts sind Notwehr und Selbstverteidigung gegen Sachen nur verschiedene Erscheinungsformen desselben Rechtsgedankens: Der Zulässigkeit der defensiven Selbsthilfe.“ Vergl. Binding, Grdr. § 76, S. 152; Tobler, a. a. O., S. 63.

Wir müssen uns vor Augen halten, dass sich die Handlungen des Tieres, — wie auch des Wahnsinnigen, — nach dem Zweckgesetz vollziehen, während die Wirkung der Naturkräfte sich nach dem Kausalitätsgesetz erklärt. Wenn der Sturm den Baum entwurzelt, das Meer die Dämme durchbricht, so vollzieht sich darin nur das Kausalitätsgesetz; wenn aber das eine Tier das andere überwindet, es tötet oder verzehrt, so tut es das um eines Zweckes willen; der Vorgang fällt nicht unter das Kausalitäts- sondern unter das Zweckgesetz. Und dieser Zweck setzt einen Willen voraus, der beim angreifenden Tiere eben recht wohl vorhanden ist. (Ihering, Zweck im Recht, I. S. 242; Binding, Hdb., S. 736; Unr.: Glaser, kl. Schriften, I. 193, Anm 2.)

[1]) S. Oetker, a. a. O., S. 43.

[2]) Schollmeyer, a. a. O., S. 19, Anm. 2, wendet sich mit Recht gegen v. Liszt, der in seinen Deliktsobl. S. 87 behauptet, dass der Eigentümer eines bescheidenen Köters den auf diesen von seinem Herrn gehetzten

Ist nun der Hetzende nicht selbst Eigentümer, sondern ein Dritter z. B. **B** hetzt den Hund des **C** auf **A,** dann befindet sich A ebenfalls wieder in Notwehr gegen den hetzenden B. Richtet A seine Waffe gegen den Hund, so verletzt er allerdings ein Sachgut des C, wird jedoch diesem gegenüber niemals ersatzpflichtig; C muss die Tötung des Hundes hinnehmen infolge rechtmässiger Notwehrhandlung des A gegenüber dem B; denn „die Sachbeschädigung geht hier in der rechtmässigen Abwehr ohne Rest auf".[1]) C hat jedoch einen Ersatzanspruch aus § 823 B.G.B. gegen den hetzenden B. Ganz ausgeschlossen wäre dagegen ein Ersatzanspruch aus § 228 B.G.B., da in diesem Falle von einer gefahrdrohenden Sache nicht die Rede sein kann. Nicht der Hund droht Gefahr, sondern der hetzende B durch den Hund des C. Der Hund ist lediglich gefahrvermittelnde Sache. Von einer Notstandshandlung des A gegenüber dem C im Hinblick auf die erfolgte Tötung kann keine Rede sein.[2])

Wie sich in allen übrigen noch möglichen Fällen die Frage nach der Ersatzpflicht regelt, kann dieses Orts im Einzelnen nicht interessieren; wir verweisen hiezu auf die diese Frage eingehend und durchaus zutreffend behandelnden Ausführungen Oetkers a. a. O., S. 43, 44 ff.

Wie gestaltet sich die Sachlage im Falle des Angriffes eines Tieres auf das andere? Der Hund des C greift den Hund des B an; Hier ist B in seinem Hunde selbst rechtswidrig angegriffen; die Tötung des angreifenden Hundes des C ist in Eigentumsnotwehr rechtmässig. Bezüglich der Haftung in den übrigen Fällen sei auf die Oetker'schen Ausführungen verwiesen.

Das Ergebnis unserer bisherigen Betrachtungen, deren Hauptteil die besonders wichtige und interessante Frage nach der Beurteilung des selbständigen tierischen Angriffs umfasste, ist kurz folgendes:

Der Tierangriff ist rechtswidriger Angriff und somit unter die Paragraphen 227 B.G.B. bezw. 53 St.G.B. zu subsumieren. Die Annahme blossen Notstandes beim Tierangriff führt zu den unerträg-

---

Rassehund nicht niederschiessen dürfe, wohl aber den Herrn. Der Angriff geht aber, sagt Schollmeyer, vom Herrn aus; der Rassehund ist nur Werkzeug, gegen welches sich aber die Verteidigung auch richten kann.

[1]) Oetker, a. a. O., S. 50. (2.)

[2]) S. Binding, Hdb. I, S. 750, auch Anm. 68; s. auch Kroner, Verletzg. v. Rechtsgütern Dritter bei der Notw., Diss. 1897, S. 64 ff. Ferner: Vigelius, a. a. O., S. 32, 38.

lichsten Konsequenzen; — vergl. die hiezu angeführten Beispiele; — sie erblickt im § 228 B.G.B. fälschlicherweise eine Modifikation des strafrechtlichen Notwehrbegriffs, indem sie unter die „fremde Sache" unbedingt auch das fremde angreifende Tier eingerechnet wissen will. Allein, wenn schon das Tier als körperlicher Gegenstand im Sinne der Legaldefinition des § 90 B.G.B. gilt und an mehreren Stellen des B.G.B. wie des St.G.B., überall sinngemäss und mit vollem Recht als Sache behandelt wird, eine Einbeziehung des angreifenden Tieres unter die „fremde Sache" im Sinne des § 228 B.G.B. ist unter keinen Umständen veranlasst. Vielmehr erscheint eine solche, abgesehen von ihrer Unmöglichkeit infolge der hieraus sich ergebenden sinnlosen Konsequenzen, — siehe die zitierten Beispiele — schon mit Rücksicht auf die Fassung des zitierten Notstandsparagraphen u. E. geradezu ausgeschlossen. Der § 227 B.G.B. und § 53 St.G.B. setzen voraus einen Angriff — nicht einen von einem Menschen ausgehenden, sondern, ganz allgemein, einen Angriff — mithin als Subjekt desselben alles, was einen solchen zu unternehmen fähig, imstande ist. Als des Angriffs fähige Subjekte sind aber alle Lebewesen zu betrachten, mithin auch Tiere; — das durch den Verletzungstrieb hervorgerufene, einen Willen und einen Zweck in sich schliessende gefahrdrohende Verhalten des Tieres „einen Angriff zu nennen, hat den gemeinen Sprachgebrauch für sich." [1]) — Das angreifende — fremde wie nicht fremde, also auch jagdbare — Tier fällt sonach unter die §§ 227 B.G.B. und 53 St.G.B.

Der § 228 B.G.B. dagegen setzt voraus eine fremde gefahrdrohende Sache. Von einem Angriff ist darin nicht die Rede. Dieser Umstand zwingt zur Schlussfolgerung, dass, nachdem § 227 B.G.B. lediglich angriffs**fähige** Wesen als gefahrerzeugend voraussetzt, § 228 B.G.B. hinsichtlich der „fremden Sache" auf alle übrigen angriffs**unfähigen** gefahrdrohenden Wesen zu beschränken ist, bezw. auf solche Wesen, die zwar angriffs**fähig** sind, jedoch nicht durch einen Angriff, sondern durch ihre blosse Beschaffenheit Gefahr drohen (z. B. rotzkrankes Pferd); in letzterem Falle kann von einem aggressiven Verhalten des Tieres nicht gesprochen werden. Damit ist zugegeben, dass auch Tiere unter die „fremde Sache" des § 228 B.G.B. gerechnet werden können, in bestimmten Fällen sogar gerechnet werden müssen; entscheidend ist, ob durch Angriff oder durch blosse Beschaffenheit die Gefahr droht. Niemals wird von

[1]) S. Oetker, a. a. O., S. 23.

einer leblosen Sache ein Angriff ausgehen können;[1]) eine durch sie drohende Gefahr kann stets nur Notstand des § 228 B.G.B. begründen.

Den Einwand, dass das Tier nicht rechtswidrig angreifen könne, glauben wir ebenfalls mit guten Gründen widerlegt zu haben. Es gilt der Grundsatz der objektiven Rechtswidrigkeit. Dem Angriffe des Tieres mangelt ebenso die subjektive Berechtigung wie dem angreifenden Menschen und auf dieses Moment allein hat es bei der Entscheidung der Notwehrfrage im Falle des Tierangriffs anzukommen.[1])[2])

---

[1]) Man hat aufgestellt, dass, wer sich zum Grundsatze der objektiven Rechtswidrigkeit bekenne, nicht mehr berechtigt sei, zwischen belebten und unbelebten Wesen zu unterscheiden, vielmehr gezwungen sei, auch einen rechtswidrigen Angriff lebloser Sachen anzuerkennen. Diese Schlussfolgerung ist durchaus falsch. Wir haben schon darauf hingewiesen, dass Sachen nicht angreifen können. (Man spricht allerdings von einer angreifenden Seeluft, einem angreifenden Bade usw., allein das sind bildlich gemeinte Ausdrücke, Redensarten.) Wie soll man sich eine leblose Sache rechtswidrig angreifend vorstellen? Denken wir uns z. B. einen vom Dache sich loslösenden Ziegelstein, wie ihm die subjektive Berechtigung fehlt, den gerade unten Vorbeigehenden anzugreifen! Dies wäre eine ebenso kühne wie sinnwidrige Vorstellung. Nicht mit Unrecht nennt es v. Liszt einen durchaus unjuristischen Gedanken, sich eine Sache, d. h. eine leblose Sache, als im rechtswidrigen Angriff befindlich vorzustellen. (v. Liszt, Beiträge V, 11.) Für eine Notwehr gegen leblose Sachen treten hauptsächlich ein Löffler und Tobler; sehr willkürlich ist namentlich die Folgerung Toblers S. 63, a. a. O.), dass, wer die Notwehr auf Verschuldung zurückführe, eine solche gegen Sachen auszuschliessen berechtigt sei, („der mag die Notw. gegen Sachen als unjuristischen Begriff erklären"), wer dagegen Notwehr gegen das Tier zulasse, habe das Recht hiezu („zu dieser Kritik") verwirkt. Wir verweisen zur Widerlegung dieser Aufstellung auf unsere bisherigen Ausführungen.

[2]) **Für** eine Notwehr gegen Tiere haben sich ausgesprochen mit näherer Begründung hauptsächlich:

Binding, Hdb. I, S. 735/736 und Grdr. 6. Aufl., I, S. 151/152 („eine Nötigung, wie man sie aus B.G.B. § 228 hat ableiten wollen, die Verteidigung gegen Tiere im Bürgerlichen Recht statt zur Notwehr zum Notstand zu ziehen, besteht in keiner Weise"). Olshausen, a. a. O., zu § 53. Frank, a. a. O., zu § 53. Oetker, a. a. O., S. 23 f. Tobler, a. a. O. — Von den Autoren der zivilrechtlichen Literatur ist vor allem Cosack zu nennen (Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, S. 274 f.)

Gegen eine Notwehr:

Hälschner, a. a. O., S. 479, 480 f.; Meyer, a. a. O., S. 299, 300; Schwarze, z. § 53; v. Liszt (erst seit der 9. Aufl. seines Lehrbuchs, durch die Fassung des § 228 B.G.B. veranlasst) S. 139, Anm. 2; Merkel, Lehrb. S. 163; v. Buri, Notstand und Notwehr, Gerichtss. XXX. 1878; Stammler, Darstellung der strafr. Bedeutung des Notstandes, Erlangen 1878, S. 2 ff.;

Gegen Tiere ist in gleicher Weise wie gegen Menschen Notwehr zulässig, sofern nur ihre Angriffe ohne subjektive Berechtigung erfolgen. Die Notwehrtheorie allein ist in ihren Konsequenzen praktisch und billig, weil sie dem Gefährdeten im Augenblick der Gefahr genügenden Schutz zu bieten vermag und ihn nicht erst an die Erfüllung von Voraussetzungen fesselt, die selbst dem Ungefährdeten im ruhigen Augenblick zu erfüllen schwer würden.

II. Der verschuldete und voraussehbare rechtswidrige Angriff.

a) Die praktische Unentbehrlichkeit des Begriffs der objektiven Rechtswidrigkeit für den Angriff folgt am deutlichsten aus der Tatsache, dass die meisten Vertreter der gegenteiligen Meinung mit dieser ihrer Anschauung an irgend einem Punkte scheitern und sich in die Zwangslage versetzt sehen, ihren Standpunkt zu verlassen und die Notwendigkeit jenes Begriffes anzuerkennen, so vor allen Merkel Lehrbuch S. 163, ferner v. Buri a. a. O., die beide aufstellen, dass der Angriff ein schuldhafter in der Person des Angreifers nicht zu sein brauche, und damit ihre Grundanschauung aufgeben.

Erkennt man nun einmal die Notwendigkeit des Begriffes der objektiven Rechtswidrigkeit für den die Notwehr bedingenden Angriff an, so ist man gebunden, denselben auch in seinem ganzen, in seinem weitesten Umfange gelten zu lassen; — wir verweisen hiezu auf die ihm von uns zu teil gewordene Auslegung; — diese Konsequenz wurde indess vielfach ignoriert, indem man in älterer und auch in jüngerer Zeit wiederholt die Forderung aufstellte, der Angriff, der durch Notwehrhandlung abgewehrt werden soll, müsse seitens des Notwehrübers ein unverschuldeter sein. Diese Auffassung vertrat für das frühere, gemeine Recht hauptsächlich Feuerbach,[1]) der ausführt, der Angriff dürfe von dem Angegriffenen nicht durch eigene Schuld veranlasst sein; denn ein selbstverschuldeter Angriff sei kein unrechtmässiger, kein rechtswidriger.

Wessely, a. a. O., S. 55 ff. — Aus dem Gebiete der zivilrechtlichen Literatur namentlich: Endemann, a. a. O., 433, A. 4; Titze, a. a. O., S. 17; Schollmeyer, a. a. O., S. 19; Enneccerus, Bürgerl. Recht, S. 359. Auch der 1. Strafsen. des Reichsgerichts hat sich (im 34. Bd. S. 296) gegen Notw. ausgespr.

[1]) Lehrbuch des peinlichen Rechts § 38.

Die Folge dieser Forderung wäre, dass demjenigen, der einen anderen bloss injuriiert, gegen den tätlich werdenden Beleidigten das Recht der Notwehr völlig versagt sei, und die weitere Konsequenz die, dass eine Notwehr des Erstangreifers gegen den Exzedenten ausgeschlossen, dass also gegen den Notwehrexzess Notwehr nicht zustände.[1]) Ob nun Feuerbach, dessen Ansicht (für die spätere Zeit) auch Grolman[2]) teilt, das Requisit „unverschuldet" wirklich in des Wortes engster Bedeutung aufgefasst wissen wollte, ist nicht erwiesen. Allein es bliebe immerhin anzunehmen, dass er — so auch Morstadt bei der Kommentierung dieser Feuerbach'schen Aufstellung — unter einem verschuldeten Angriffe lediglich einen durch einen faktischen Angriff verschuldeten sich vorgestellt habe.

Dieselbe Auslegung wird die Motivenstelle (Mot. z. II. Entw. in § 51) zu erfahren haben, welche eine besondere Hervorhebung des Begriffes „unverschuldet" für nicht eigens notwendig erachtet, da dasselbe schon im Tatbestandsmoment der Rechtswidrigkeit enthalten sei. Es ist zweifellos auch hier daran gedacht worden, dass der die Notwehr bedingende rechtswidrige Angriff, nicht durch einen eben solchen seitens des Notwehrübers verschuldet sein dürfe.[3]) [3]a)

Durch die Verschuldung des Einen, sagen wir des später Angegriffenen, verliert die rechtswidrige Handlung des Anderen, also des Angreifers durchaus nicht den Charakter der Widerrechtlichkeit[4]) Nehmen wir an: A lässt in Gesellschaft während einer Erzählung eine Bemerkung fallen, durch die B sich betroffen fühlt. B stürzt auf ihn nun mit gezücktem Messer zu. Wäre A wirklich wehrlos der Willkür des B verfallen, weil er den Angriff provoziert und ihn dadurch zu einem rechtsmässigen gestaltet habe?

Der Umstand der Verschuldung des Angriffes vermag diesem die Natur der Rechtswidrigkeit nicht zu benehmen. Kommt also in unserem Beispiele dem A der C zu Hilfe, so handelt dieser, weil A dieses Recht hätte, ebenfalls in rechter Notwehr. „Und wie

---

[1]) Auch Böhmer, Meditt. z. Art. 140; er fordert hier: aggressionem intiusam . . . subitaneam culpa occisoris non causatam.

[2]) Grolman, Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft § 25.

[3]) Die Notstandsverletzung des § 54 St.G.B. bezw. des § 228 B.G.B. dagegen bleibt nur straflos bezw. rechtmässig bei unverschuldeter Notlage.

[3]a) Noch das Hannöver'sche Gesetzbuch im Art. 79 bezeichnet die Ausübung der Notwehr gegen einen vom Angegriffenen provozierten Angriff als Exzess desselben.

[4]) So auch Schwarze, S. 229, a. a. O. und Hälschner, S. 480.

könnte," sagt Oetker,[1]) „dem Dritten, der den Angriff verschuldet hatte, die Hilfe deshalb versagt sein? Er ist ja bestrebt, die Folgen seines Verschuldens von dem Angegriffenen durch Zurückweisung des rechtswidrigen Angriffes wieder abzuwenden."

Völlig irrelevant ist auch, ob die Verschuldung eine beabsichtigte oder unbeabsichtigte, ob also die den Angriff verschuldende Handlung eine fahrlässige oder vorsätzliche war. Der Charakter der Rechtswidrigkeit wird dem Angriff in keiner Weise benommen. Auf dieser Anschauung beruht auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Februar 1888, indem sie betont: „Die Herausforderung zu einem tätlichen Angriff hebt die Rechtswidrigkeit des demnächst erfolgenden Angriffes nicht auf"; und weiter sagt es: „Selbst, wenn in der Herausforderung die Einwilligung zu einer dem Herausfordernden zuzufügenden Körperverletzung gefunden werden könnte, würde eine solche Einwilligung die Körperverletzung nicht strafbar und den in ihr liegenden Angriff gegen die Person des Herausfordernden nicht zu einem berechtigten machen."

Das Recht der Notwehr geht dem Provokanten als solchem geradesowenig verloren wie das Recht der Selbstverteidigung des ersten tätlichen Angreifers verloren geht gegenüber dem Exzedenten; hier ist die Überschreitung seitens des Notwehrberechtigten wiederum ein selbständiger rechtswidriger Angriff, dessen Rechtswidrigkeit durch den zu Unrecht erfolgten Erstangriff nicht aufgehoben werden kann und deshalb von neuem Notwehr zulässt.

Man hat nun in neuerer Zeit mehrfach hervorgehoben, dass sich die Rechtslage ändere, wenn der Angriff absichtlich hervorgerufen worden sei, um durch ihn Gelegenheit zur Gewaltübung bezw. zur Verletzung des Angreifenden zu erhalten. A fasst den Entschluss, den ihm verfeindeten B zu erdolchen. Er sucht den B auf, reizt ihn auf irgend eine Art zum Angriffe mit der Absicht, ihm, sobald der Angriff erfolgt sei, den tötlichen Stich zu versetzen. Handelt hier A in Notwehr? U. E. kann von Notwehr hier keine Rede sein. Denn der eigentliche Angreifer ist doch in unserem Falle, wenn man richtig erwägt, zweifellos der A. Die Absicht, den B zu ermorden, geht bereits mit der Reizung desselben in das Stadium der Ausführung über; zu dieser ist in der Herausforderung bereits der Anfang zu erblicken. Es liegt also auf Seiten des A ein wiederrechtlicher Angriff, — wenn auch sozusagen noch im

[1]) Oetker, a. a. O., S. 14.

Versuchsstadium vor, — dessen Ziel, die Versetzung des tötlichen Stiches eben lediglich seine Fortsetzung bedeutet. Wer nun widerrechtlich angreift, kann nicht zugleich in Notwehr handeln. Es könnte also vielleicht ein Notwehrrecht auf Seiten des B in Frage kommen. Allein dieser wird ja zuerst tätlich, greift also in concreto zuerst an; sonach ist auch auf seiner Seite ein Recht der Notwehr nicht begründet. Der Ausschluss der Notwehr auf beiden Seiten erklärt sich aus der Tatsache, dass beide einander rechtswidrig angreifen.[1]) Dieser Umstand lässt auch auf beiden Seiten einen reinen Verteidigungszustand nicht eintreten; es handelt sich um eine blosse Scheinverteidigung.

Die neben einigen Andern auch von Oppenhoff[2]) gegebene Begründung für die Versagung der Notwehr: „Volenti non fit iniuria" erscheint für diesen Fall eines provozierten Angriffes vollauf gerechtfertigt. Eine Generalisierung dieses Satzes jedoch veranlasste berechtigte Bedenken.

b) Man hat nun nicht bloss verlangt, dass der rechtswidrige Angriff ein unverschuldeter sei, sondern man schritt zu der weiteren Forderung vor, der rechtswidrige Angriff müsse ein unerwarteter sein. Namentlich war es für das frühere Recht wiederum Luden,[3]) der für diese Forderung eintrat. Es wäre hienach das Recht ausgeschlossen, einem voraussehbaren Angriffe gegenüber Notwehr zu üben; mit anderen Worten: Die Rechtswidrigkeit des Angriffes wird aufgehoben, dadurch, dass der Angriff vorausgesehen wird. Wer also in Erkenntnis eines bevorstehenden Angriffes dem Angreifer durch rasches Entfliehen oder durch Verbleiben im Hause, Wählen eines anderen Weges, und ähnliche Mittel, die Möglichkeit zu seinem Angriffe nicht benimmt, der trägt die Schuld am Angriffe und verwirkt im Angriffsfalle das Notwehrrecht. Wer weiss, dass ihm auf der Strasse aufgelauert wird, müsste dieselbe meiden oder sich wehrlos der Gewalt des Angreifers ausliefern; ein Recht

---

[1]) Auch Binding, Normen II, S. 203, versagt de lege ferenda die Notwehr; de lege lata Oetker, a. a. O., S. 14; äusserst beachtenswert auch dessen Ausführungen hiezu in Fussn. 1. Ferner Hälschner, a. a. O., S. 480 und Schwarze, S. 229.

Dagegen Olshausen, a. a. O., zu § 53: „Sogar demjenigen steht Notwehr zu, der ohne selbst anzugreifen, den Angriff provozierte, um dem Angreifer bei der Abwehr an den Leib zu kommen."

[2]) A. a. O., S. 149, Nr. 7, Anm. 3.

[3]) Luden, Abh. S. 496 u. Hdb. S. 301.

der Selbstverteidigung hat er nicht, höchstens das Recht, obrigkeitliche Hilfe anzurufen, das vielfach äusserst problematisch wäre.

Eine dahingehende Forderung entbehrt jeder natürlichen Grundlage. Sie enthält eine Abschwächung der Reaktionsbefugnis der Berechtigten gegenüber dem Übeltäter, die nur zur Abtötung des Rechtsgefühls beitragen würde.[1]) Sie bedeutet eine willkürliche Verzerrung und sinnlose Einengung des Notwehrbegriffes, dem nichts fremder ist als der Grundsatz der Subsidiarität, der ihm eben durch diese Forderung unterschoben wird.

Die früheren Strafgesetzgebungen knüpften häufig das Recht der Notwehr an das Nichtvorhandensein anderer Mittel ausser der Gewalt und gaben damit der Interpretation Raum, dass auch ein erwarteter und darum ohne Gewalt und Verletzung des Angreifers abzuwendender Angriff von dem Recht der Notwehr ausgeschlossen sein sollte.[2]) So namentlich das Bayer. Strafgesetzbuch in Art. 125 u. 126 und das hessische in Art. 48.

Unser modernes positives Recht indes hat die Reinheit des Notwehrprinzips gewahrt; es kennt solche das Notwehrrecht einschränkenden, und somit wertlos machenden Erfordernisse nicht. Auch die neueren Interpretationen lassen den Gedanken an solche in keiner Weise aufkommen. Mit Recht sagt Binding:[3]) „Nur sinnlose Angst vor der Eigenmacht und mangelhafte Empfindung für die Würde des Rechtes kann zur Aufstellung solcher Erfordernisse treiben.[2])

III. Der gegenseitige rechtswidrige Angriff. — Der Angriff im Falle der Einwilligung in denselben.

a) Der gegenseitige rechtswidrige Angriff.

Bei der Erörterung der Notwehrfrage im Falle des gegenseitigen rechtswidrigen Angriffes darf es nicht befremden, wenn wir gleich im Eingange des in diesem Zusammenhange viel ventilierten Falles des Duells gedenken. Gerade hier tritt die Gegenseitigkeit des Angriffes am schärfsten und auffallendsten hervor. Man hat der Frage nach der Notwehr beim Duell auch unter anderen Titeln und in anderem Zusammenhange Erwähnung getan. So erinnert

[1]) Schollmeyer, a. a. O., S. 4.
[2]) Levita, a a. O., S. 190.
[3]) Binding, Hdb., S. 748, Z. 6. a. Wessely, a. a. O., S. 67, 68.

Alberti[1]) daran bei Besprechung der unverzichtbaren Güter, und stellt auf, dass beim Zweikampf jede Partei das Recht der Notwehr habe, da der Angriff der Gegenpartei gesetzlich unbedingt, schon wegen der Unverzichtbarkeit des bedrohten Gutes, rechtswidrig sei. Diese Begründung für die Zulassung der Notwehr erscheint uns durchaus unhaltbar. Weder Duellant noch Sekundant haben Notwehrrecht; der Ausschluss desselben ist begründet in den Ehrenanschauungen, die hinter dem Duelldelikte stehen. Solange sich der Zweikampf strenge in den Grenzen der vereinbarten Kampfesregeln abspielt, kann von einer Rechtswidrigkeit des gegenseitigen Angriffes im Sinne der Duellanten wie der Sekundanten und sämtlicher Beteiligten nicht die Rede sein, vielmehr bleiben die Angriffe beim regelrechten Zweikampfe für die genannten Personen als reguläre Angriffe rechtmässig, sei es, dass beide Duellanten zu gleicher Zeit angreifen oder einer dem Andern mit dem Angriffe zuvorkommt. Jeder hat nach den für das Duell geltenden speziellen Grundsätzen die subjektive Berechtigung zu seinem Angriffe; dafür besteht für ihn die Ehrenpflicht, die Kampfesregeln nicht zu überschreiten. Tut dies aber einer der Duellanten und wird der andere dieses Vorhabens sich bewusst, erst dann könnte es fraglich werden, ob eine Notwehr für diesen begründet sei; denn dann liegt ein regelwidriger, rechtswidriger Angriff vor, der das Recht der Notwehr aufleben lässt, und zwar nicht nur zu Gunsten des zu Unrecht angegriffenen Duellanten, sondern auch für seinen Sekundanten und überhaupt jeden beliebigen Dritten als Nothelfer. Also nur gegen den die Duellregeln, sei es dolos oder kulpos, verletzenden Duellanten ist Notwehr gestattet; hier erlangen Angriffshandlung und Verletzung für sich eine ganz selbständige Bedeutung.[2]) Es handelt sich dabei um einen reinen selbständigen, rechtswidrigen Angriff, und um eine durch ihn begründete reine Verteidigung. Wenn beide die Duellregeln verletzen, so liegt ein Duell überhaupt nicht mehr vor, der Kampf artet in eine regellose Rauferei aus, bei dem weder von einem reinen Angriff noch von einer reinen Verteidigung gesprochen werden kann. Es liegt ein gegenseitiger rechtswidriger Angriff vor. Angriffs- und Verteidigungsfunktion folgen einander abwechselnd auf beiden Seiten in so raschem Tempo, dass von einer reinen unterscheidbaren auf Angriff oder Verteidigung gerichteten Willensbetätigung der beiden

[1]) Alberti, a. a. O., S. 38.

[2]) Frank, a. a. O., S. 278, § 207, I und II.
Oetker, a. a. O., S. 36, unter b auch Fussn. 3.

Kämpfer nicht mehr gesprochen werden kann. Hier ist der Kampf jeder Eigenart entkleidet. Jeder Kämpfer will zugleich verletzen und Verletzung von sich abwenden. Jeder Hieb, der geführt wird hat die doppelte Bestimmung, die erhaltenen Verletzungen zu rächen und zugleich dem Gegner weitere Hiebe durch die Verletzung zu erschweren bezw. unmöglich zu machen. „In jeder Verteidigungshandlung droht bereits der fernere Angriff, während die Offensive zugleich ist Defensive gegen weiteren Angriff des Anderen.“ [1]) In jedem der geführten Hiebe liegt Angriffs- und Verteidigungsfunktion zugleich. Ein Notwehrrecht ist hier völlig ausgeschlossen; es lebt jedoch auf im selben Augenblicke, indem einer der Kämpfer seinen Angriffswillen aufgibt und mit seinem Gegenangriff lediglich Verteidigungswillen betätigt: nur wenn seine Handlungen sich als Ausfluss reiner Verteidigungsabsicht charakterisieren, sind sie durch rechte Notwehr gedeckt. Ein blosses mechanisches Parieren der Angriffe gibt allein noch nicht Notwehrrecht; vielmehr muss der sich verteidigende seiner Notlage sich bewusst sein und in concreto die Absicht haben, sich durch Eigenmacht zu retten; es genügt nicht, dass diese Erfordernisse rein objektiv betrachtet vorliegen.[2]) [3])

Gibt also einer der Kämpfer beim gegenseitigen Angriffe den Angriffswillen auf, so entsteht auf seiner Seite gegen die Angriffe des Anderen Notwehrrecht.

Die Natur des reziproken rechtswidrigen Angriffs ändert sich ferner auch dann, wenn im Verlaufe des Kampfes einer der Kämpfer weitergehenden Vorsatz zu betätigen sucht als der andere und dieser des exzessiven Vorhabens seines Gegners sich rechtzeitig bewusst wird. A fasst während eines nur als Kraftprobe gemeinten Ringens Tötungsvorsatz, B erkennt die Kampfsituation und sticht mit seinem Taschenmesser den A nieder. Die Handlungsweise des B entschuldigt berechtigte Notwehr. Der Augenblick, von dem an A mit Tötungsvorsatz kämpfte, schied die bisher unerkenntliche, gewissermassen „verworrene“ Kampfesart, in zwei selbständige Handlungen, eine reine Angriffs- und eine reine Verteidigungshandlung. Der weitergehende Vorsatz eines der Kämpfer begründet für den andern Notwehrrecht, ähnlich wie bei dem Notwehrexzesse.

---

[1]) Oetker, a. a. O., S. 37.

[2]) A. A. Titze, a. a. O., S. 87, 2, siehe auch Anm. 38.

[3]) Vgl. Oetker, S. 37, a. a. O., Anm. 2 und Binding, Hdb. S. 749, III. und 750.

Fasst nun B ebenfalls im Verlaufe des Kampfes Tötungsvorsatz, so steht wieder rechtswidriger Angriff gegen rechtswidrigen Angriff und ist auf keiner Seite eine Notwehr denkbar.[2])

Was die Nothilfe im Falle gegenseitigen rechtswidrigen Angriffs betrifft, so wird hier zur Entscheidung über ihre Berechtigung stets geprüft werden müssen, ob der Dritte, der einem der Kämpfer zu Hilfe kommt, den Charakter des Kampfes vor der Hilfeleistung erkannt hat oder nicht.

C, der den zwischen A und B stattfindenden Raufkampf längere Zeit beobachtet und in seiner Natur richtig gewürdigt hat, macht sich, sobald er einem der Kämpfer zu Hilfe kommt, rechtswidrigen Angriffs schuldig; denn er wusste, dass er einem rechtswidrig Angreifenden, der allerdings zugleich rechtswidrig Angegriffener ist, zu Hilfe kommt; an Nothilfe ist hier nicht zu denken.

Leistet C dagegen die Hilfe, wenn er plötzlich die Kämpfenden antrifft und die Lage nicht überschaut hat, so steht putative Nothilfe in Frage; denn er handelt in der Annahme, dass der von ihm unterstützte, in Wirklichkeit angreifende Angegriffene, sich in rechter Notwehr befinde.

Im Zusammenhange des gegenseitigen Angriffes ist schliesslich auch an den Kampf der Soldaten der kriegführenden Mächte zu erinnern. Nach Binding, Handbuch S. 740, Ziffer 3, handelt der feindliche Soldat nicht widerrechtlich, wenn er den unseren angreift und doch besitzt dieser gegen ihn das Notwehrrecht, weil ihn unser Recht nicht verpflichte, diesen Angriff zu ertragen. Diese Auffassung ist u. E. nicht zu billigen. Der Kampf der kriegführenden Mächte ist nach kriegsrechtlichen Gesetzen und Regeln zu beurteilen ähnlich wie das Duell nach den für es massgebenden Grundsätzen. Von Notwehr während des Kampfes kann keine Rede sein; es handelt sich stets um einen gegenseitigen Angriff, niemals wird ein Zustand reiner Verteidigung auf einer Seite eintreten. Der Widerstand, der dem rechtmässigen Angriff des Feindes entgegengesetzt wird, hat selbst wiederum den Charakter eines rechtsmässigen Angriffes. Auf beiden Seiten ist in der Kampfhandlung Angriffs- und Verteidigungswille gleichmässig ausgeprägt. Jede Verletzung ist Offensiv-Defensiv-Verletzung. Solange Kampffähigkeit vorhanden ist, ist auch der Wille vorhanden, anzugreifen; ist Kampfunfähigkeit eingetreten, dann ist mit dem Angriffs- auch der Verteidigungswille geschwunden.

[1]) Vergl. die Oetker'schen Ausführungen auf S. 37 und 38 f., a. a. O.

Binding sagt: Unser Soldat habe gegen den angreifenden feindlichen Notwehrrecht, mangels der Pflicht, den Angriff über sich ergehen zu lassen; dazu ist aber doch der feindliche Soldat bezgl. des ihm entgegengesetzten Widerstandes auch nicht verpflichtet; er hätte also gegen den Widerstand unseres Soldaten auch wiederum Notwehrrecht. Es stünde somit Notwehr gegen Notwehr. Der feindliche Soldat handelt, indem er angreift, nicht nur nach seinen, sondern auch nach unseren Kriegsregeln in rechtmässiger Ausübung seines Berufes, seiner Pflicht. Erkennt unser Soldat also den feindlichen Angriff als rechtmässig an, wie könnte dann seine Handlung Notwehrhandlung sein! Stets ist sein Widerstand Offensiv-Defensiv-Handlung zugleich, von einer Notwehr während eines Kampfes der feindlichen Soldaten kann deshalb keinesfalls die Rede sein.

b) Der Angriff im Falle der Einwilligung in denselben.

Verpflichtet das Recht den Angegriffenen, den Angriff über sich ergehen zu lassen, m. a. W. ist der Angreifer zu seinem Angriffe durch positives Recht legitimiert, so bleibt der Angriff rechtmässig und jeder Widerstand seitens des „rechtmässig Angegriffenen" begründet als rechtswidriger Angriff auf Seiten des Berechtigten Notwehrrecht bezw. Zwangsrecht. Als solche Angriffsrechte stellen sich z. B. dar zunächst alle Zwangsrechte, wie Erziehungsrechte, Privatpfändungsrechte, die pflichtgemässe Ausübung eines Amtes, eines staatlich anerkannten Berufes usw., ferner in gewissem Sinne das Notwehrrecht, das Notstandsrecht, das Selbsthilferecht (§ 229 B.G.B.) und das Notrecht des § 904 B.G.B. Ein weiteres Recht zum Angriff besteht nun in gewissen Fällen auch bei gegebener Einwilligung in den Angriff, d. h. es hat dann die Einwilligung in den Angriff, in die Verletzung eines fremden Rechtsgutes, die Kraft, dem Angriffe die ihm sonst eigene Natur der Rechtswidrigkeit zu benehmen und ihn zu einem rechtmässigen zu machen. Schon die Römer erkannten den Satz an: nulla imuria est, quae in volentem fit (l. 1 § 5 D. de iniuriis, 47, 10). So konnte der furtum z. B. nur an dem invitus begangen werden. Der dem zitierten sinnverwandte Satz: volenti non fit inuiria, den heute viele noch zum allgemeinen Regelrechtssatze erhoben wissen wollen, hat keineswegs unbeschränkte Anwendbarkeit zu finden. Selbstverständlich ist, dass wenn man von der „Einwilligung in den Angriff" spricht, der Angegriffene und der Einwilligende identisch sein müssen. Es ist also dabei keineswegs an die

Einwilligung eines Vormundes oder Stellvertreters zur Verletzung des Mündels, des Geisteskranken mitgedacht.

Wie die Einwilligung kann auch die vertragsmässige Verpflichtung dem Angriffe die Natur der Rechtswidrigkeit benehmen.

In beiden Fällen aber gilt als Kardinalvoraussetzung, dass dem Angegriffenen über das dem Angriffe zu unterwerfende Rechtsgut das freie Verfügungsrecht zustand. Nur insoweit kann er sich vertragsmässig verpflichten, den Angriff in das Rechtsgut zu dulden, nur insoweit in die Verletzung desselben einwilligen. Der Angriff ist in solchem Falle weder rechtswidrig noch normwidrig; denn der Staat bezw. die Rechtsordnung hat kein Interesse daran, Rechtsgüter, die ausserhalb ihrer direkten Interessenssphäre liegen, zu schützen, wenn ihr Inhaber selbst so wenig Wert darauf legt, dass er in eine Verletzung derselben einwilligt. Trotz des freien Verfügungsrechts des Einwilligenden oder sich vertragsmässig Bindenden hat die Einwilligung bezw. die vertragsmässige Verpflichtung die Rechtswidrigkeit des Angriffes beseitigende Kraft dann nicht, wenn, was namentlich bei entgeltlicher Einwilligung öfters zutreffen wird, die Verfügung gegen die guten Sitten verstösst. Das Erfordernis, für jedes einzelne Rechtsgut die Frage nach dem Vorliegen des freien Verfügungsrechtes zu prüfen und zu entscheiden, umschliesst stets auch die Prüfung dieser Frage.

Als weitere wichtige Voraussetzung zur Beseitigung der Rechtswidrigkeit des Angriffes ist zu beachten, dass die Einwilligung bezw. die vertragsmässige Verpflichtung in rechtlich beachtlicher Weise erfolgt sein muss. Die Einwilligung des Geisteskranken ist ebensowenig rechtlich beachtliche Einwilligung z. B. in die Verletzung der Geschlechtsehre wie die des Mädchens unter 14 Jahren. Der Einwilligende muss vor allem eine geistig völlig gesunde Person sein, und sich im Augenblick der Einwilligung bei vollem Bewusstsein befinden.

Nur bestimmte Fälle jedoch sind es, in denen die Rechtswidrigkeit des Angriffes lediglich vom Willen des Angegriffenen abhängt. So kommt das Prinzip volenti non fit iniuria wohl in keinem Falle mehr zur Geltung als bei Ehrverletzungen einschliesslich der Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre und bei Körperverletzungen, insbesondere soweit sie Antragsdelikte sind. Ausdrückliche Einwilligung ist nicht erforderlich. Dass bei Antragsdelikten die Einwilligung die Rechtswidrigkeit beseitigende Kraft

hat ist sicher;[1]) für den Besitz als Angriffsobjekt erhellt dies klar aus § 858 B.G.B., der die Legaldefinition der verbotenen Eigenmacht enthält; sie ist die widerrechtliche Entziehung oder Störung des Besitzes „ohne den Willen" des Besitzers.

Nur Rechtsgüter, die der Privatdisposition des Einzelnen unterliegen, an denen der Staat, die Rechtsordnung nicht selbst ein Interesse hat, können als Angriffsobjekte für den Einwilligenden in Betracht kommen. Es ist sonach unbestreitbar, dass Einwilligung in eine Körperverletzung, welche die Untauglichmachung zur Erfüllung der Wehrpflicht zum Zwecke hat, niemals die Rechtswidrigkeit des Angriffes auszuschliessen vermag. Der Staat hat hier als rechtswidrig Angegriffener in der Person des Einwilligenden Notwehrrecht; jeder dritte übt rechte Nothilfe. (§ 142 St.G.B.) Ferner ist die Angriffshandlung dessen rechtswidrig, der einen anderen auf dessen Bitte töten will. (§ 216 a. a. O.) Das geltende Recht selbst gibt über die Einwilligungsfrage keinen voll genügenden Aufschluss. Man könnte versucht sein daraus, dass die Einwilligung nur bei der Tötung ausdrücklich berücksichtigt wurde, und zwar mit der Folge erheblicher Strafmilderung, zu folgern, dass ihr bei allen übrigen, zum mindesten doch bei allen weniger schweren Verbrechen und Vergehen gegen Rechtsgüter des einzelnen eine weit grössere Wirksamkeit, vielleicht gar die des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit, als selbstverständlich zukomme[2].) Die lex lata versagt jedoch zu dieser Schlussfolgerung die Berechtigung; allein das ist gewiss, dass die Verletzung Einwilligender, auch soweit sie auf das Recht der Notwehr rechtsgültig nicht verzichten können, nach besonderem für den Angreifer günstigerem Maasse zu beurteilen ist, als die Körperverletzung Widerstrebender.

Wie nun, wenn die Einwilligung in den Angriff rechtswirksam erteilt, der Einwilligende sich aber während des Angriffes plötzlich zur Wehr setzt? Lebt das Notwehrrecht für ihn wieder auf? In allen Fällen, in denen die Einwilligung nicht die Folge einer vertragsmässigen Verpflichtung ist, kann sie in jedem beliebigen Augenblicke entzogen werden. Liegt dagegen vertragsmässige Verpflichtung vor, so ist Notwehr ausgeschlossen.

---

[1]) So die meisten diese Frage näher behandelnden Autoren; vergl. Binding, § 149, Hdbch. I; v. Alberti, a. a. O., S. 38.

[2]) Gerade entgegengesetzt folgerte das Reichsgericht im II. Bd., S. 442 und 443.

Ein Dritter, der dem Einwilligenden durch Verletzung des berechtigten Angreifers zu Hilfe kommt, — ohne Kenntnis von der wahren Sachlage, - macht sich letzterem gegenüber rechtswidrigen Angriffes schuldig, mag immerhin durch den Irrtum die Strafbarkeit ausgeschlossen sein: seine Verletzung durch diesen ist berechtigte Notwehrverletzung.

Dass nicht jede Einwilligung in einer ausdrücklichen Erklärung bestehen muss, ist schon erwähnt; auch die blosse konkludente Nichtverhinderung eines Angriffes vermag diesem die Rechtswidrigkeit zu benehmen;[1]) wenn ich meine Uhr im selben Augenblick, in dem der Dieb sie entwenden will, derelinquiere (in seinem Interesse), ist die Zueignung eine rechtmässige. Andererseits ist nicht jede Nichtverhinderung einer Zustimmung zum Angriffe gleichzuachten.

Wo es sich um blosse Nichtverhinderung eines Angriffes handelt, wird man niemals von vornherein schon von einem Rechte auf diesen sprechen können, sondern nur von ihm als einem unverbotenen; liegt dagegen eine vertragsmässige Verpflichtung vor, so erwächst dem Angreifer stets ein Recht zu seinem Angriffe. Den Ausschluss der Rechtswidrigkeit hat jedoch ebensowohl die erste wie die zweite Art der Einwilligung zur Folge.[2])

---

[1]) Es ist zu unterscheiden zwischen gewollter und ungewollter Nichtverhinderung; siehe weiter unten.

[2]) S. zur Einwilligungsfrage namentlich: Binding, §§ 148 und 149, Hdb. I und § 150, II, 1e, a. a. O. Hälschner, a. a. O., S. 471. Meyer, a. a. O., S. 289. Olshausen, zu § 223, A. 10, a. a. O. Schollmeyer, S. 10, a. a. O. Alberti, S. 38, 39, a. a. O.

Die Frage nach der Befugnis des Arztes zu körperlichen Eingriffen würde spezieller Untersuchung bedürfen und scheidet hier aus. Das Reichsgericht (E. 25, S. 375) hat entschieden, dass der ärztliche Eingriff an sich zwar Körperverletzung (!) sei, jedoch mit Einwilligung des Patienten die Rechtswidrigkeit beseitige; allein eine solche Begründung verträgt sich sicherlich nicht mit der allgemeinen Auffassung von der ärztlichen Berufstätigkeit, die in der Anwendung und Befolgung bestimmter durch medizinische Wissenschaft und ärztliche Kunst gewonnener Regeln besteht, nicht aber in einer die Körperverletzung nach § 223 St.G.B. bedingenden vorsätzlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung. S. auch Frank, a. a. O., S. 291.

IV. a) Handlungen seitens Beamter und b) vom Strafgesetze mit Strafe verschonte Handlungen als rechtswidrige Angriffe i. S. der Notwehr.

a) Wir kommen nun zur Erörterung der alten, viel bestrittenen Frage, ob und wann gegen die Handlungen der Obrigkeit, Notwehr gegeben ist. Man hat für die Beantwortung dieser Frage stets als massgebend die Auffassung des Verhältnisses des Staates zum Untertanen erkannt, und ist dadurch zu sehr divergierenden teilweise durchaus unhaltbaren Resultaten gelangt. Von den Kriminalisten der älteren Zeit war es neben Luden (Abhandlungen II 494) hauptsächlich Jagemann (Arch. d. Kriminalrechts 1842 (S. 597—605), dessen Auffassung in dem Prinzip vom „unbedingten Gehorsam" wurzelt, und so ein persönliches Recht des Untertanen gegen den Staat überhaupt nicht anerkennt.

Entgegen dieser entschieden zu missbilligenden Auffassung lässt Jarke eine Notwehr gegenüber Angriffen der Obrigkeit dann zu, wenn diese sich als offenbar ungerechte oder als formell ungerechte Handlungen darstellen.

Noch weiter gehen Hälschner und Seeger, die eine Notwehr zulässig finden schon gegenüber solchen Angriffen, die sich als über den eigentlichen Wirkungskreis des Beamten hinausgehende Handlungen charakterisieren, sei es, dass Form oder Inhalt verletzt ist.

Wir sehen, dass wir uns zu beschäftigen haben mit der Frage, wann Notwehr gegen Handlungen der Obrigkeit gegeben ist; dass solche überhaupt zulässig ist, bedarf keiner weiteren Darlegung; sobald die Amtshandlung eine solche ist, dass sie von Rechtswegen nicht erduldet zu werden braucht, ist sie in gleichem Masse rechtswidriger Angriff, wie jede andere von einem Nicht-Beamten ausgehende derartige Handlung. Der § 53 kennt hier keinen Unterschied; im Hinblick hierauf bestrafen die §§ 113, 114 nur den Widerstand gegen Beamte „in der rechtmässigen Ausübung ihres Amtes." Der Schutz, den diese §§ dem Beamten gewähren gegen Widerstand und tätlichen Angriff, berechtigt also nicht zu der Annahme, dass der § 53 St.G.B. durch ihre Normierung eine Einschränkung erfahren habe; vielmehr hat gerade § 53 a. O. eher eine den Umfang der §§ 113, 114 a. O. einengende Wirkung.

Die Frage, wann die Handlung des Beamten einen rechtswidrigen Angriff darstellt, ist, so einfach ihre Beantwortung scheinen mag, geeignet, im einzelnen Schwierigkeiten zu bereiten.

Niemals ist die Amtshandlung eine rechtswidrige, sobald sie Rechtsausübung ist. So ist also in jedem einzelnen Falle genau zu prüfen, ob nach Form und Inhalt die Handlung eine rechtmässige war. Die formellen und materiellen Voraussetzungen zu ihrer Vornahme sind festgelegt durch das Reichsgesetz und durch Landesgesetze.

In erster Linie ist Notwehr zulässig gegen alle rechtswidrigen Handlungen, des Beamten, die er ausserhalb seiner Stellung, seines Berufes vornimmt. Des weiteren erweist sich jede Handlung als eine unrechtmässige, zu deren Vornahme der Beamte sachlich oder örtlich unzuständig ist. Wollte z. B. der Polizeibeamte, der bestimmt ist, zum Zwecke der öffentlichen Sicherheit einzuschreiten, zur Schlichtung rein privater Streitigkeiten eingreifen, so wäre jeder Widerstand gegenüber dem sachlich unzuständigen Beamten berechtigte Notwehr. Gegen den die Grenzen seines Amtsbezirkes überschreitenden Beamten ist wegen Mangels der örtlichen Zuständigkeit Notwehr gegeben, sofern er nicht durch besonderen Rechtssatz hierzu legitimiert ist.

Es gibt nun weiterhin Handlungen, bei denen die Beobachtung ganz bestimmter Formalitäten eine wesentliche Voraussetzung zu ihrer giltigen Vornahme bedeutet. Die Ausserachtlassung der vorgeschriebenen Form qualifiziert die Handlung zur rechtswidrigen und lässt Notwehrrecht entstehen. Aber nur eine rechtliche Mangelhaftigkeit kommt in Betracht.

Das Ausserachtlassen einer lediglich „instruktionsweise" vorgeschriebenen Form vermag die Rechtmässigkeit der Amtshandlung mit zu beeinträchtigen.[1])

Würde dagegen eine Verhaftung versucht, ohne dass der Beamte im Besitze einer Ausfertigung des gerichtlichen Haftbefehles wäre, so erwiese sich der ihm entgegengesetzte Widerstand als rechte Notwehr; letzteres träfe zu auch gegenüber dem Gerichtsvollzieher, der eine Zwangsvollstreckung vornimmt, ohne eine vollstreckbare Ausfertigung zu besitzen.

Widerrechtlich ist die Handlung auch, wenn sie zwar formgerecht vorgenommen, allein der materiellen Voraussetzungen entbehrt, welche ihre Rechtsgültigkeit begründen.[2]) Gegen solche

[1]) Vgl. Binding, Hdb. I, S. 742.

[2]) Vgl. Schwarze, a. a. O., S. 357 (Reichstagsbericht); ferner Binding Hdb. S. 742 f. und Frank, a. a. O., S. 168 f. (§ 113).

materiell gesetzwidrige Handlungen der Beamten ist — und zwar u. E. ausnahmslos — Notwehr gestattet. Dem Beamten, der den ihm feindlich gesinnten Nachbarn als der Brandstiftung verdächtig verhaftet, obwohl er von dessen Unschuld voll überzeugt ist, wird seitens des Unschuldigen berechtigter Widerstand geleistet. Nehmen wir nun an, der Beamte habe, ohne bösliche Absicht, die Voraussetzungen zur Verhaftung als vorliegend angenommen, während sie in Wirklichkeit fehlten, habe also im Irrtum gehandelt. Ändert sich hier die Rechtslage? Keineswegs. Der Widerstand ist nicht minder berechtigt wie oben. Der Irrtum des Beamten vermag ein objektiv widerrechtliches Verhalten nicht zu einem rechtmässigen zu machen. Dies gilt ebensowohl vom entschuldbaren wie vom unentschuldbaren Irrtum. Das Recht kann den vom Irrtum Betroffenen nicht verpflichten, Unrecht über sich ergehen zu lassen. Man hat zur Begründung der gegenteiligen Anschauung aufgestellt, dass die Handlungen des Beamten kraft Gesetzes oder Verordnung häufig auf Grund vorhergehender „pflichtmässiger Prüfung, pflichtmässigen Ermessens" vorzunehmen seien und dass daher, wenn der Beamte dementsprechend handle, seine Handlung nicht um deswillen widerrechtlich erscheinen könne, weil, wie sich später herausstellte, die Voraussetzungen zu ihrer Vornahme nicht vorlagen.[1]) Diese Begründung kann uns aber nicht recht einleuchten. Sie lässt ausser Acht, dass bei der Beurteilung des „Widerstandsaktes" von keiner anderen Lage auszugehen ist als von derjenigen, in welcher der sich Wehrende im Augenblicke der Tat befunden hat; hatte er ausreichenden Anlass, tatsächlich für widerrechtlich angegriffen sich zu betrachten, so ist sein Widerstand Notwehrakt, solange auf seiner Seite reine Verteidigungsabsicht vorlag. Dass der Beamte sich trotz pflichtmässiger Prüfung geirrt, macht den Irrtum entschuldbar lediglich mit der Wirkung disziplinäre, strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beamten auszuschliessen, nicht aber auch mit der Folge der Rechtmässigkeit seiner Handlungsweise gegenüber dem davon Betroffenen. Ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar, macht für die Notwehrfrage keinen Unterschied; für sie scheidet das Schuldmoment völlig aus.

Man hat des weiteren angenommen, dass, wenn der Beamte kraft eines ihm von seiner vorgesetzten Behörde erteilten Auftrages

---

[1]) Binding, Hdb., S. 742 f. Dazu Holtzendorf, Hdb. d. deutsch. Strafrechts, Bd. II, S. 142 und Frank, a. a. O., S. 170.

handle, seine Amtshandlung selbst dann nicht rechtswidrig sei, wenn der Auftrag zu Unrecht erteilt worden sei, da für ihn regelmässig die Pflicht bestehe, demselben nachzukommen. Auch diese Anschauung ist u. E. verfehlt. Der Umstand, dass der Vollziehungsbeamte dem Befehle seiner vorgesetzten Behörde Folge leisten muss, lässt durchaus noch keine Verpflichtung der Untertanen entstehen, einen widerrechtlichen Eingriff deswegen zu erdulden, weil er von der oberen oder obersten Behörde angeordnet ist. Hier handelt durch ihren Vollziehungsbeamten die Behörde rechtswidrig; ihr gilt der berechtigte Widerstand,[1]) nicht eigentlich dem Vollstreckungsbeamten.

Wir sehen also, dass gegen den ausserhalb des Gesetzes stehenden Angriff der Obrigkeit, sei es das Einschreiten der inkompetenten oder das formell bezw. materiell widerrechtliche Einschreiten der kompetenten Obrigkeit, Notwehrrecht gegeben ist wie gegen jeden anderen Angriff seitens Nichtbeamter. Erfolgt der Angriff innerhalb der Gesetzesgrenzen, so ist er Rechtsausübung und jeder Widerstand ihm gegenüber strafbar.

Gegen diesen Widerstand übt der Beamte, nicht, wie man fälschlich aufstellt, zunächst Notwehrrecht, sondern das speziell ihm verliehene Zwangsrecht. Der Widerstand, der sich *während* der Vollstreckungshandlung vollzieht, ist an sich nicht rechtswidriger Angriff, sondern rechtswidrige Verteidigung; gegen diese hat der Beamte *Zwangsrecht*. Das Vorgehen gegen den Beamten *nach* der Vollstreckungshandlung dagegen ist rechtswidriger Angriff und lässt auf seiner Seite das allgemeine Notwehrrecht entstehen. Wer z. B. den pfändenden Beamten von der Pfändung einer Sache abzuhalten sucht, mit Gewalt usw., der leistet Widerstand, indem er in rechtswidriger Weise sein Sachgut verteidigt; hier steht dem Beamten nur sein Zwangsrecht zur Seite. Hat jedoch der Beamte die Sache bereits gepfändet, so stellt sich jeder Versuch seitens des von der Pfändung Betroffenen, die Sache wieder zu erlangen, gegenüber dem Beamten als rechtswidriger Angriff dar und erzeugt Notwehrrecht.[2])

Gleiches gilt für alle Fälle, in denen dem Eingriffe in die

---

[1]) Binding, Hdb., S. 742 f. Schwarze, a. a. O., S. 357. Frank, a. a. O., S. 169 f. Seeger, a. a. O., S. 314: selbst der Vollziehung richterlicher Beschlüsse kann nötigenfalls Widerstand entgegengesetzt werden.

[2]) Oetker, a. a. O., S. 22.

Rechtssphäre eines zur Duldung desselben Verpflichteten Zwangsbefugnis zur Seite steht.

b) Am Schlusse dieses Kapitels möge nun noch die lebhaft erörterte und interessante Frage die ihr gebührende Erörterung finden, ob die vom Strafrecht gewährten Exemtionen auch für das Notwehrrecht ihre Geltung haben, d. h. ob die durch Straflosigkeit privilegierten Delikte ein Notwehrrecht zu erzeugen vermögen oder nicht. So sind z. B. exemiert die Handlungen der Exterritorialen, der Monarchen, Äusserungen der Abgeordneten in Ausübung ihres parlamentarischen Berufes.

Beleidigt mich der Abgeordnete in der Kammer in seiner Rede, so kann er deswegen zwar nicht strafrechtlich verfolgt werden, allein mir kann das Recht nicht benommen werden, mich gegen diesen rechtswidrigen Eingriff in meine Ehre mit allen Mitteln zu verteidigen, Notwehr zu üben. Und wie sollte dieses Recht gegenüber Angriffen Exterritorialer, soweit sie sich als widerrechtliche Eingriffe in meine Rechtssphäre darstellen, versagt sein? Ist der Eingriff in meine Rechte deshalb nicht oder weniger rechtswidrig, weil er von einem Exterritorialen ausgeht? Oder müsste ich ihn aus Ehrfurcht vor der hochgestellten Person, aus Respekt vor dem Vertreter ausländischer Staatsgewalt über mich ergehen lassen?

Niemals[1]) kann das Recht der Notwehr abhängig gemacht werden von dem Ansehen der Person; das Notwehrrecht steht gegen den widerrechtlichen Angriff der höchsten wie der niedersten Persönlichkeit gleichermassen zu; einen Standes- bezw. Personenunterschied kennt es nicht.

Damit ist auch die Frage beantwortet, ob Notwehr gegen die deutschen Fürsten, gegen den Landesherrn zulässig ist.

Wohl nie ist die unbedingte Anerkennung dieses allgemeinen Menschenrechtes einfacher, klarer und entschiedener zum Ausdrucke gelangt, wie im „Kleinen Kayserrecht“: eine Privilegierung der Person nach dem Stande kennt es nicht: „der Keiser“, sagt eine Stelle (II 117), „ist dem minsten gleich, tut er unrecht: der Keiser sal Keiser sin di wile er recht tut.“

Der einfache, kräftige Sinn, der aus diesen Worten spricht, gibt uns Zeugnis von dem naiven, natürlichen Rechtsbewusstsein jener Epoche und verdient auch in der Gegenwart vollen Beifall.

---

[1]) Berner, Archiv f. Kriminalrecht, N. F., 1848, S. 562.

Dem widerrechtlich handelnden Monarchen gegenüber ist Notwehr allerdings zuzulassen. Niemals vermag die persönliche Straflosigkeit des Angreifenden dem Angriffe die Rechtswidrigkeit zu benehmen; der Umstand, dass der Angreifer Monarchenqualität besitzt, steht der Rechtswidrigkeit des Angriffes nicht entgegen.

Einer der wenigen Gegner dieser Anschauung ist Binding, (Hdb. S. 738 und z. § 140 Hdb.) der die Unzulässigkeit der Notwehr seitens deutscher Untertanen gegen ihre Fürsten damit begründet, dass diese in ihrer Person schlechthin unverletzlich seien; fast in allen monarchischen Staaten sei durch die Verfassung der Grundsatz sanktioniert, dass der Fürst für unverletzlich oder für heilig und unverletzlich oder für unverantwortlich gelte, oder dass der Fürst über alle persönliche Verantwortung erhaben sei usw. Gegen Angriffe von dieser Seite (Hdb. S. 738a) sei die statthafte Abwehr nur in Gestalt der reinen Defensive oder der Notwehr, die nicht die Person des Fürsten, sondern sein Jagdrecht, sein Eigentum verletzt, denkbar.

Dem ist vor allem entgegenzuhalten, dass, wo in den Verfassungen von einer Unverantwortlichkeit, Unverletzlichkeit u. dergl. des Fürsten die Rede ist, lediglich das Privileg der Straflosigkeit desselben zum Ausdruck gebracht werden wollte; der Landesherr ist in gewissem Sinne legibus solutus, d. h. unverantwortlich insoferne, als er strafender Gerichtsgewalt nicht unterworfen ist; er ist strafrechtlich unverfolgbar, seine Handlungen sind von Strafe verschont. — Allein dieser Umstand vermag sie nicht zu berechtigten, zu rechtmässigen Handlungen zu machen, vermag nicht den von ihnen betroffenen zur Duldung zu zwingen und so das allgemeine Notwehrrecht ihnen gegenüber auszuschliessen. Zu einer dahingehenden Interpretation berechtigte auch nicht eine einzige Stelle in den deutschen Staatsgrundgesetzen, in Sonderheit nicht die erwähnten Bezeichnungen, wie Unverletzlichkeit, Erhabenheit, Unverantwortlichkeit usw. Eine Versagung der Notwehr gegen Monarchen-Übergriffe müsste im Gesetze ausdrücklich und unzweideutig statuiert sein. Dies ist jedoch nicht der Fall: so gilt die allgemeine Fassung des § 53 St.G.B. auch ihnen gegenüber. Es ist nicht zu vergessen, dass in dem Privileg der Straflosigkeit nicht zugleich auch eine Erlaubnis liegt zur Begehung rechtswidriger Handlungen.

Kein Staat, keine Verfassung räumte dem Landesherrn das

Recht ein, in den Rechtsfrieden seiner Untertanen willkürlich und grundlos einzugreifen.

„Wenn der Regent in das Heiligtum einer Familie eingreift, wenn er ohne Urteil und Recht einzelne Bürger ihres Vermögens oder ihrer Freiheit beraubt, so handelt er offenbar nicht als Regent, — denn kein Regierungsrecht erlaubt ihm das —, sondern als ein privater Friedebrecher und Räuber und der Widerstand gegen seine Willkürhandlungen ist gerechte Notwehr; das blosse Erwägen und Dulden solchen Unrechtes ist nur einer unmännlichen, für den zivilisierten Staat untauglichen Bevölkerung zuzumuten. Nur mutige und kräftige Gegenwehr vermag in solchen Fällen die Rechtsordnung zu sichern und den tief erschütterten Staat vor dem Versinken und orientalischer Despotie zu retten.“ [1])

V. Der Angriff zur Rettung aus dem Notstande.

Die Frage, wie der Angriff zur Rettung aus dem Notstande zu beurteilen sei, ob er rechtmässig oder rechtswidrig sei, m. a. W. ob der Notstand ein wahres Recht zur Vornahme der Notstandshandlung gewähre oder nicht, ist dermassen bestritten, dass man von einem Notstandsproblem gesprochen hat, bei dessen Lösung man überhaupt niemals zu einem vollkommen zufrieden stellenden Resultate gelangen werde. Die Natur der Aufgabe lässt dies begreiflich erscheinen.

Vor der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches kam wesentlich nur der § 54 des Strafgesetzbuches in Betracht, der Straflosigkeit annimmt, sofern die Handlung ausser dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist. Indem § 54 die Handlung für strafbar erklärt, nimmt er ihr die Deliktsqualität, ohne sie indes zu einer rechtmässigen zu stempeln; die Notstandshandlung ist, wenn auch unverboten, deshalb noch nicht rechtmässig; die Straflosigkeit des Angriffes benimmt diesem nicht auch die Natur der Rechtswidrigkeit: er bleibt für den Angegriffenen rechtswidrig; denn dieser ist zum Bestehen des Angriffes, zur Duldung der Notstandsverletzung, nicht von Rechtswegen verpflichtet. Gegen die Notstandsverletzung steht sonach an sich Not-

[1]) Bluntschli, Staatswörterbuch, S. 89.

wehr zu;[1]) ein Notrecht zur Verletzung auf Grund des § 54 a. O. existiert nicht. Die Härten aber, zu denen ein solcher Rechtszustand führen müsste, sind unerträglich. Den dem Menschen innewohnenden mächtigen Triebe der Selbsterhaltung, die das höchste Gesetz der Natur ist, durfte das Recht nicht ignorieren. Es musste vorzugsweise in solchen Fällen, in denen Leibesschädigung oder Lebenserhaltung eines Menschen lediglich von einem Eingriff in fremdes Eigentum abhängt, eine Pflicht des Eigentümers zur Duldung des Eingriffes, als des Rettungsaktes, statuieren und somit den Eingriff für einen rechtmässigen erklären. Um die unbedingte Notwendigkeit der Statuierung einer solchen Duldungspflicht gegenüber dem gefährdeten Angreifer zu verstehen, erinnern wir nur an den von Berner zitierten Fall, wo der dem Hungertode Nahe die Wegnahme eines ihn vor jenem rettenden Brodes aus übertriebenem Rechtsgefühl unterlässt, und lieber stirbt als die in der Wegnahme liegende „rechtswidrige Handlung" zu begehen. „Ein solcher Mensch," sagt Berner mit Recht, „würde der Narrenkappe würdiger sein als der Märtyrerkrone." Und wollte gar der auf das Stück Brod nicht angewiesene Eigentümer dem Verhungernden dies verweigern, so gebührte jenem vielleicht eher die Peitsche, als die Anerkennung, dass er das ihm zustehende Notwehrrecht nicht unausgeübt gelassen habe.

Muss also dem in solchem Notstande befindlichen ein wirkliches Angriffsrecht — mit Duldungspflicht auf Seiten des Betroffenen — zugebilligt werden, so kann doch diesem die Duldung nicht zugemutet werden, ohne ihm zugleich einen Anspruch auf Ersatz einzuräumen; er wäre sonst rechtlos den empfindlichsten Eingriffen ausgesetzt: die Abwendung fremder Gefahr müsste er mit den erheblichsten Kosten bezahlen; dies wäre unnatürlich und im höchsten Grade ungerecht.[2]) — So entspricht also am meisten der Billigkeit: Notrecht mit event. Schadenersatzpflicht auf der einen und Duldungspflicht mit Ersatzanspruch auf der andern Seite. Diesen billigen Anforderungen ist das B.G.B. im § 904 im vollen Masse gerecht geworden: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung des Andern auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem

[1]) Frank, a. a. O., S. 94 und v. Liszt lassen die Notstandsverletzung wiederum Notstand begründen.

[2]) S. Oetker, a. a. O., S. 51 ff.

Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen."

Die ratio legis kann nicht missverstanden werden; sie tritt hier klar und unzweideutig zu Tage. Der im Notstand Handelnde soll und kann sich über seine Situation, über die Berechtigung bezw. Nichtberechtigung seiner Handlung nicht im Zweifel befinden; seine Handlung ist rechtmässig, sobald der ihm drohende Schaden den aus der Einwirkung entstehenden weitaus d. h. unverhältnismässig überwiegt. Die Unverhältnismässigkeit zu überschauen wird ihm nicht schwer fallen; erst wenn er von dem unzweifelhaften Übergewicht eigenen Interesses überzeugt ist, wird er die Handlung vornehmen, dies wird aber in den seltensten Fällen Überlegung kosten. Bei Gefahr für Leib oder Leben ist in allen Fällen, ohne Ausnahme, der drohende Schaden gegenüber dem entstehenden Eigentumsschaden als unverhältnismässig grösser anzunehmen. Wer annimmt, dass Eigentumsverletzungen gegenüber drohenden Körperschäden unverhältnismässig grossen Schaden ergeben könnten, vergisst, dass auch die geringfügigste Verletzung, die unscheinbarste Wunde einen überraschend schlimmen, vielleicht tötlichen Verlauf nehmen kann; eine Vorausberechnung ist hier in der Regel ausgeschlossen.

Körperschäden und Vermögensnachteile stehen nicht im Verhältnis. Aus diesem Umstande erhellt die Schlussfolgerung, dass § 54 R.St.G.B., der Notstandsverletzungen nur zur Rettung für Leib oder Leben zulässt, für die Fälle der Eigentumsverletzung im Notstande infolge der weitreichenden Bestimmung des § 904 B.G.B. bedeutungslos und überflüssig geworden ist.[1]) Drohende Körperschäden sind stets „unverhältnismässig grösser" (§ 904 B.G.B.) als der durch Abwendung der Gefahr erwachsende Vermögensnachteil.

Wie sich die Frage nach dem überwiegendem Interesse (Vermögensschaden) im Falle des Eigentumsnotstandes regelt, ist weniger leicht zu beantworten. Eine befriedigendere Lösung dieser Frage aber, als sie die ausgezeichnete Vorschrift des § 904 B.G.B. erzielen will, ist nicht gut möglich. Nur bei weit überwiegendem Interesse besteht ein Recht zur Verletzung, wird der Eingriff in fremdes Eigentum zu einem rechtmässigen; nur in diesem Falle wird ein Notrecht gegeben mit der Folge des Ausschlusses eines Widerstandsrechtes, eines Notwehrrechtes auf der Eigentümer-Seite.

[1]) Oetker, a. a. O., S. 61. A. A. v. Liszt, Del.-Obl. S. 89.

Nicht schon jedes überwiegende Interesse vermag ein Notrecht zur Verletzung des geringeren zu begründen.[1]) Gegen den Verletzungsversuch des A, der sein Leben auf Kosten der Körperintegrität des B zu schützen sucht, hat dieser zweifellos Notwehrrecht. Das Recht kann niemanden verurteilen, einen Körperschaden hinzunehmen, damit ein anderer dadurch gesund erhalten bleibe; den mächtigen Trieb der Selbsterhaltung, die das oberste Gesetz der Natur ist,[2]) darf es nicht ignorieren. Dass fremder Not Leib und Leben geopfert werde, kann es nicht fordern.

Bei Kollision gleichstarker, gleichwertiger Interessen kann die Notstandslage ein Notrecht nicht begründen. Wollte das Recht ein solches statuieren, so müsste es dasselbe jedem der beiden Betroffenen zu Gute kommen lassen; denn es kann nicht willkürlich den einen benachteiligen und den anderen bevorzugen; andererseits aber kann es nicht den Untergang beider wollen; der Untergang nur eines muss ihm lieber sein als der beider. Es kann folglich den Kampf, und die während desselben im Notstande vorgenommenen Verletzungen zur Erhaltung eines der gleichstehenden Güter nicht verbieten, weil es selbst interessiert ist an der Erhaltung eines der kollidierenden, und muss dem als Sieger hervorgehenden Straflosigkeit garantieren.

Diese Straflosigkeit nimmt jedoch der Notstandsverletzung lediglich die Deliktsqualität, nicht auch den Charakter der Rechtswidrigkeit. Die Notstandsverletzung stellt sich also nicht als deliktischer Angriff (schuldhafte Rechtswidrigkeit), wohl aber als nicht berechtigter (objektive Rechtswidrigkeit) dar und entfesselt in dieser Eigenschaft Notwehrrecht. Es ist nicht einzusehen, warum manche Autoren der Notstandsliteratur bei der Charakterisierung der Notstandsverletzung den Begriff „rechtswidrig" umgehen und die Notstandsverletzung für „lediglich nicht rechtmässig" aber unverboten erklären. Die Verletzung ist doch entweder „rechtmässig" oder sie ist „rechtswidrig", tertium non datur. Zwischen beiden, sagt Seeger[3]) mit Recht, ist ein drittes ebensowenig denkbar, als zwischen einem „A" und einem „non A" überhaupt.

Der § 54 des St.G.B., der Straflosigkeit nur bei unverschuldetem Notstande gewährt, gibt nicht ein Notrecht; er behält seine Bedeutung bei für die Verletzung persönlicher Rechtsgüter im Not-

[1]) Merkel, R., Kollision rechtm. Interessen, S. 42 f., tritt für das Gegenteil ein; ebenso Stammler, Notstand, S. 77, s. auch S. 74 f.

[2]) Janka, der strafrechtl. Notst., Erlangen 1878, S. 212 f.

[3]) Seeger, a. a. O., S. 441.

stande, gilt also nur noch da, wo Lebens- gegen Lebensgefahr und Leibes- gegen Leibesgefahr steht. Die Notstandsverletzung des § 54 a. O. ist stets objektiv rechtswidrig und erzeugt Notwehrrecht. Würde man, wo es sich um einen Notstand zwischen Leben und Leben z. B. handelt, Notrechte annehmen, so würden diese sich bestimmungsgemäss paralysieren. Denken wir an das „berühmte Wunderbrett der Schule".[1]) Die beiden Schiffbrüchigen, die sich auf dieselbe Planke gerettet haben, werden gewahr, dass die Planke beide nicht zu tragen vermag. Gäbe hier der Staat ein Notstandsrecht, so würde er damit jeden der Bedrohten berechtigen, dem andern angriffsweise ans Leben zu gehen, zugleich aber jedem von ihnen verbieten, wider den Angriff des Gegners sich zu verteidigen. Der Angriff wäre rechtmässig, die Verteidigung rechtswidrig. Mit dem Untergang Beider wäre dem Willen der Rechtsordnung gedient! Der grobe Widerspruch, den Notrechtannahme in sich birgt, braucht nicht gesucht zu werden.

Da dem Staate der Verlust eines Menschenlebens weniger misslich sein muss, als der Verlust zweier, so muss er die Tötungshandlung des, — um beim Beispiele zu bleiben, — überlebenden Schiffbrüchigen für straflos erklären, trotzdem dieser rechtswidrig gehandelt hat, indem er das Recht seines Genossen auf das Leben verletzte, — eine widerrechtliche, nicht gegen das objektive Recht verstossende (normwidrige), wohl aber ohne subjektive Berechtigung vorgenommene Verletzung.

Die Notstandsverletzung des § 54 St.G.B. ist, mag sie verschuldet oder unverschuldet sein, stets objektiv rechtswidrig; Verschuldung macht sie zugleich normwidrig und strafbar. Die Notstandsverletzung des § 904 B.G.B. dagegen charakterisiert sich, ganz unabhängig vom Schuldmomente, bei sonst gegebenen Voraussetzungen, immer als rechtmässig. Dort ist Notwehr stets, hier nur bei mangelnder Unverhältnismässigkeit gegeben.

Einen weiteren Notstand kennt das St.G.B. in § 52, das B.G.B. in § 228. Der § 52 erklärt die durch Nötigung erzeugte Notstandshandlung für straflos, § 228 die, sei es verschuldete oder unverschuldete Notstandshandlung für nicht widerrechtlich, sofern sie zur Kehrung der durch eine fremde Sache drohenden Gefahr „von sich oder einem Anderen" erforderlich war und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht.

[1]) Fichte, Grundlage des Naturrechtes nach Prinzipien der Wissenschaftslehre.

Die einzelnen Bestimmungen vergleichsweise zu erläutern, ist hier nicht der Ort; wir verweisen auf Oetkers erschöpfende Ausführungen S. 53 ff. a. a. O., denen wir durchaus beitreten.

Noch sei der Frage nach der Natur der Teilnahmehandlung an der Notstandshandlung gedacht. Es ist etwas natürliches, dass die Anerkennung eines wirklichen Notrechtes mit Notwendigkeit die Anerkennung auch der rechtmässigen Beistandleistung im Notstande fordert, und zwar der Beistandleistung zu Gunsten jedes Dritten. Ebenso natürlich ist es, dass die Verpflichtung, den Notstand zu bestehen, jeden Versuch eines Dritten, den Notpflichtigen dem Notstande zu entreissen (z. B. durch Wegnahme der zur Abwendung der Gefahr dienlichen notwendigen Sache) verbietet. Der Notrechtüber hätte gegen einen solchen Versuch Dritter die nämliche alle Gewaltmittel zulassende Zwangsbefugnis wie gegen den Duldungspflichtigen Sacheigentümer. Die Notrechtsnormierung in § 904 B.G.B. lässt nach richtiger Auffassung über die Richtigkeit des Gesagten keinen Zweifel. Abweichend von § 54 St.G.B. lässt § 904 B.G.B. die Einwirkung als Nothilfeakt zu Gunsten jedes Dritten zu, und zwar nicht bloss bei Gefahr für Leib oder Leben, sondern schon bei blossem Eigentumsnotstande; die Berechtigung der Nothilfe im letzteren Falle lässt der Umstand der erforderlichen „Unverhältnismässigkeit" recht wohl begreiflich erscheinen.[1]) Der § 54 St.G.B. hat das Eingreifen zu Gunsten des unmittelbar Gefährdeten nur den Angehörigen desselben freigegeben, und somit für alle Fälle des strafrechtlichen Notstandes, der nicht zugleich ein Notstand im Sinne des Bürgerlichen Rechtes ist, der Nothilfe nur problematischen Wert beigelegt.[2])

Wie steht es mit der Berechtigung der Nothilfe bei der Kollision zweier gleichstarker Rechtsgüter? Nehmen wir an, es steht Leben gegen Leben, wie z. B. auf dem bekannten Brett; ein unbeteiligter Dritter erkennt die Notlage und vernichtet, um ein Menschenleben wenigstens zu retten, das andere vom Ufer aus durch einen Flintenschuss. Ist seine Nothilfe berechtigt? Sofern er den Angegriffenen rettete, zweifellos; diesem kann er nach § 53 St.G.B. straflos zu Hilfe kommen.

Wie aber, wenn beide zu gleicher Zeit angreifen? An sich ist ihm ein Nothilferecht hier versagt; denn er käme stets einem angegriffenen Angreifer zu Hilfe und griffe somit selbst rechtswidrig

[1]) Oetker, a. a. O, S. 62.

[2]) Stammler, Darstellung der strafr. Bedeutg. des Notstandes, S. 80.

an; es handelt sich also nur darum, ob seine — zweifellos — rechtswidrige Handlung, bestehend in der Tötung des einen angegriffenen Angreifers, vom Staate für straflos zu erklären ist: denn dass sie rechtswidrig ist, unterliegt keinem Zweifel. Allein der Staat kann doch den nicht strafen, der ein Leben vernichtete, um dadurch der drohenden Vernichtung beider zuvorzukommen. Sein rechtswidriger Angriff, mag er gelten, welchem von Beiden er wolle, ist also straflos zu belassen. Und würde ein Vierter, der gerade hinzukommt, wie der Dritte auf seinen Freund, den einen der Schiffbrüchigen zum Schusse anlegt, den zum Schusse Bereiten selbst niederschiessen, wäre er, wenn ohne Kenntnis von der Sachlage, nicht durch putative Nothilfe entschuldigt? Und hätte er um die Situation gewusst, und trotzdem geschossen, wäre er als rechtswidriger Angreifer strafbar? Greifen beide Schiffbrüchigen zu gleicher Zeit an, so muss dem unbeteiligten Dritten die Wahl belassen werden, zu wessen Gunsten er intervenieren will. Sein Tun ist straflos, obwohl rechtswidrig, denn er ist nicht befugt, das Recht eines Menschen auf sein Leben zu verletzen.[1])

VI. Die Verletzung von Rechtsgütern Dritter in Abwehr eines rechtswidrigen Angriffes.

Wir kommen nun zur Beurteilung der interessanten Fälle, in denen eine Abwehr des Angriffes durch Verletzung des Angreifers nur möglich ist in Verbindung mit einer Verletzung dritter Rechtsgüter. Man hat diese Fälle, in Anlehnung an den Begriff der Verbrechenskonkurrenz, Konkurrenzfälle genannt. Nehmen wir an, der rechtswidrig Angegriffene vermag den Angriff nur dadurch abzuwehren, dass er, in Ermangelung einer Waffe, eine Latte aus dem Zaune des Nachbarn bricht und damit dem Angreifer den Kopf blutig schlägt: zwei verschiedene Handlungen und zwei Verletzungen! Oder der Angegriffene verletzt durch denselben Schuss den Angreifer und einen Dritten: Eine Handlung und zwei Verletzungen. Bei der ersten Art von Verletzungen geschieht naturgemäss die Verletzung des Dritten von derjenigen des Angreifers, da sie hier Mittel zum

[1]) In der Notrechtsliteratur vergl. hauptsächlich: Binding, Hdb., S. 754 ff. Merkel, a. a. O. Oetker, a. a. O., S. 48 ff. Titze, a. a. O., S. 98 ff. Tobler, a. a. O., S. 13—48; ferner Köstlin, System I, S. 112; Levita, a. a. O., S. 2; Stammler, a. a. O., S. 48 ff. und Janka, der strafr. Notst., 1878, S. 141 ff.

Zwecke ist; sie wird daher regelmässig dolosen Charakter haben. Anders liegt dies bei der zweiten Art von Verletzungen, denen nur eine Handlung zu Grunde liegt. Hier kann die Verletzung des Dritten sowohl doloser wie kulposer Natur sein. Indessen erachten wir den hier nur beiläufig betonten Unterschied für die Lösung unserer Frage für durchaus belanglos.

Wir präzisieren die Frage folgendermassen:

Wie ist die zwecks Abwehr erforderliche mit der Verletzung des Angreifers verbundene (vorsätzliche oder fahrlässige) Verletzung des Dritten aufzufassen?

Haben wir es im Falle der Verletzung des Dritten mit einem selbständigen, rechtswidrigen Angriff zu tun, sodass dieser seinerseits wiederum berechtigte Gegenwehr zulässt?

Oder ist die Verletzungshandlung (gegenüber dem Dritten) durch die rechte Notwehrhandlung gegen den Angreifer mit gedeckt?

Oder endlich charakterisiert sich die Verletzung des Dritten etwa als einfache Notstandshandlung?

Die Motive lassen die ganze Frage völlig unentschieden, erklären vielmehr, „sie dürfe um so eher auf sich beruhen, als sie nur geringe, praktische Bedeutung habe."

Eine um so schärfere Kontroverse rief die Behandlung der Frage in der Literatur hervor.

So stellt Endemann[1]) auf, eine Verteidigung sei begreiflich nur möglich gegen den Angreifer selbst, werde ein Dritter Unbeteiligter geschädigt, so sei dieser Eingriff widerrechtlich.

Dieser Behauptung Endemanns, die sich als unumwundene Bejahung unserer obigen zweiten Frage darstellt, kann unmöglich beigepflichtet werden, weil so das Notwehrrecht im Konkurrenzfalle völlig illusorisch wird. Nehmen wir bloss einmal an: Der Angegriffene ist in der peinlichen Lage, durch den nämlichen zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffes notwendigen Schuss den Angreifer und den hinter diesem stehenden Dritten töten zu müssen. Wegen der einen rechtmässig erfolgten Tötung des Angreifers wäre er freizusprechen, soll er wegen der Tötung des unbeteiligten Dritten aber verurteilt werden? Was hat ihm sein Notwehrrecht genützt, hört hier nicht dessen praktische Bedeutung auf? Er dürfte sein Notwehrrecht nur ausüben, wenn er es unterliesse, die mit der Ausübung unlöslich verbundene zweite „rechtswidrige" Verletzung zu

[1]) A. a. O., S. 368, 3.

begehen. Das erinnert an den Richterspruch, der den Juden Shylok berechtigte, vom lebenden Körper ein Pfund Fleisch auszuschneiden, ihm jedoch das damit notwendig verbundene Vergiessen des Blutes versagte.[1])

Ein so bedingtes Notwehrrecht ist ein Messer ohne Klinge.

Wie könnte übrigens in einer von reiner Verteidigungsabsicht getragenen, rechtmässigen Abwehr zugleich ein rechtswidriger Angriff gefunden werden! Rechtsausübung kann nicht zugleich Rechtsverletzung sein: Qui suo iure utitur, neminem laedit.

Übt jemand sein Recht der Notwehr aus, und verletzt gleichzeitig (sei es vorsätzlich oder fahrlässig) die Rechtssphäre eines Dritten, so ist diese Verletzung durch den Abwehrzweck erfordert und als in rechtmässiger Ausübung des Notwehrrechtes erfolgt, durch letzteres gedeckt.[2]) Mag die Verletzung sein Vorbedingung der Abwehr — wie das Herausbrechen der fremden Zaunlatte — oder Folge derselben — wie die Schussverletzung des unbeteiligten Dritten, — das Gesetz erklärt sie stets für rechtmässig.

Das Reichsgericht[3]) hat aus praktischen und gerechten Erwägungen heraus mit vollem Rechte dahin entschieden, dass die in § 53 St.G.B. gegebene Notwehrdefinition so zu interpretieren sei, dass die Abwehr nicht nur auf Verletzungen des Angreifers sich zu beschränken brauche, sondern dass dieselbe auch Schädigungen solcher Rechtsgüter mitumfasse, die nicht im Angreifer ihren Träger haben. Wir setzen den der Entscheidung vorgelegenen vielzitierten Vorfall als bekannt voraus: er betrifft die Notwehr gegenüber beleidigenden Äusserungen eines Geistlichen während des Gottesdienstes und die dadurch verursachte Störung des letzteren.

Das Reichsgericht, das u. E. ganz richtig auf das Zweckmoment abstellt, erklärt, jede Handlung, die den Zweck hat, den Angriff abzuwehren, ist Verteidigung, dass sie dabei Dritte schädigt, ist irrelevant. Die Schädigung Dritter ist also nur dann rechtmässig, wenn die Handlung des Angegriffenen die Abwehr dieses Angriffes bezweckt, sich also in erster Linie gegen den Angreifer richtet. Die Hand-

---

[1]) S. hiezu die Bemerkungen Iherings in seinem „Kampf ums Recht", S. 65.

[2]) Titze, a. a. O., S. 90, A. 44, erklärt, in solchem Falle werde das Notwehrrecht illusorisch, was vom Standpunkt der Billigkeit (!) aus nicht zu tadeln sei. Ist es aber billig, dass der Angegriffene ein Opfer der Willkür des Angreifers werde?

[3]) Urteil des I. Strafs. vom 24. Nov. 1890, Bd. 21, S. 168.

lung des Angegriffenen muss von dem Willen geleitet sein, sich zu verteidigen und letzteres ist bloss möglich gegen einen Angriff; nur dann ist sie rechtmässig. Solange nun diese rechtmässige Verteidigung dauert — der Verteidigungswille also vorhanden ist — , sind alle zu ihrem Zwecke vorgenommenen Handlungen, Verletzungen, als von diesem Willen umspannt, rechtmässig, mögen sie an sich doloser oder kulposer Natur sein. Freilich darf das Mass des Erforderlichen dabei nicht überschritten werden. Eine solche in rechtmässiger Abwehr erfolgte, vom reinen Abwehrvorsatz umspannte Verletzung Dritter kann unmöglich rechtswidrig sein; sie kann dies gegenüber dem Dritten weder als Verteidigung noch als Angriff sein.

Niemals sind solche Verletzungen als Notstandsverletzungen aufzufassen. Freilich kann der rechtswidrige Angriff auch Grund einer Notstandsverletzung werden: Nehmen wir an, dem Angegriffenen ist es völlig unmöglich, durch Verletzung des Angreifers der Gefahr zu begegnen und die einzig mögliche Rettung liegt in der Verletzung eines Dritten. Die Tötung des Dritten wäre hier rechtswidrige Notstandsverletzung. Hier wurde nicht ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff durch die Verletzungshandlung abgewehrt, nicht war der Wille, sich gegen den Angreifer zu verteidigen, vorhanden, sondern lediglich der Wille, sich aus einer gegenwärtigen Gefahr zu retten. Und diese Rettungshandlung stellt als Notstandsverletzung einen rechtswidrigen Angriff gegen den Dritten dar, und entfesselt seinerseits Notwehrrecht.

Alle vom Verteidigungsvorsatze umspannten, zum Abwehrzwecke vorgenommenen Handlungen sind, soweit sie zur Abwehr geboten erscheinen, rechtmässige Notwehrhandlungen, mögen dabei Dritte verletzt werden oder nicht.

Wenn Seeger (a. a. O., S. 417) meint, nicht unter den Begriff der Notwehr, sondern des Notstandes gehörten solche Verletzungen, welche der Angegriffene notgedrungen einem Dritten zufügt mit dem Willen, gerade diesen Dritten zu verletzen, so spricht dies mehr für unsere Ansicht als für die Seegers. Die Handlung des Angegriffenen, die gegen den Dritten — gerade gegen diesen — gewollt ist und nicht in erster Linie gegen den Angreifer, ist vom Abwehrzwek nicht erfordert, und somit nicht Notwehrhandlung. Der Angegriffene, der durch die nämliche Kugel den Angreifer und den Dritten niederstreckt, hat nicht den Willen gerade diesen Dritten zu töten, sondern durch die Kugel den Angriff abzuwehren, den Angreifer zu ver-

letzen. Die Tötung des Dritten ist unvermeidbarer Erfolg rechtmässiger Abwehrhandlung und durch diese gedeckt.

Ist die hier vertretene Ansicht auch von Bedenken nicht ganz frei, — die Konsequenzen, zu denen die entgegengesetzte Ansicht führt, sind weit schlimmer. So müsste sich z. B. das Mädchen, das während des Gottesdienstes unzüchtig betastet wird, dies ruhig gefallen lassen, weil es durch einen Schrei oder durch sonstiges sein Widersetzen kund gebendes Gebahren vielleicht den Gottesdienst stören würde und der Vater, der dies mitansehen muss, darf seiner Tochter aus dem gleichen Grunde nicht zu Hilfe kommen. Derartige Resultate ersparen uns jede weitere Erörterung; sie bilden selbst die Kritik der sie zulassenden Anschauung.[1])

---

[1]) Über die Kontroverse vergl. hauptsächlich:

v. Schwarze: „Es gibt keine Beschränkung auf einzelne bestimmte Mittel; es kann das Mittel nach Befinden nicht bloss gegen den Angreifer, sondern selbst gegen einen Dritten gerichtet sein, den der Angegriffene schädigt, um sich gegen den Angreifer zu schützen," a. a. O. zu § 53. Titze, a. a. O., S. 89; Tobler, a. a. O., S. 117 ff.; Binding, Hdb. S. 750, Anm. 68. Die Verletzung der vom Angreifer geführten fremden Waffen ist stets ein Eingriff in dessen Rechtssphäre und als durch den Abwehrzweck gedeckt, Notwehr. Oetker, a. a. O., S. 48, Anm. 1. Frank, a. a. O., S. 92, II. R.G. Entsch. i. Strfs. XXI. 168.